

Die Einwirkung der beiderseitigen Sittenwidrigkeit
des Grundgeschäfts auf das abstrakte Verfügungsge-
schäft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts
und des Bundesgerichtshofs

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung der Doktorwürde der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i.Br.

vorgelegt von

Heribert Mast
Gerichtsassessor
aus Bochum

1957

Dekan:

Professor Dr. H. Thieme

Referent:

Professor Dr. E.von Caemmerer

Tag der mündlichen Prüfung: 22.2.1957



Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung

	Seite
I. Problem und Stellungnahme	1
1) Problem	1
2) Lösungsmöglichkeiten	1
3) Die herrschende Ansicht und ihre rechtsdogmatische Begründung	2
4) Die interessenmäßige Betrachtungsweise	4
5) Die Notwendigkeit einer gesonderten und eingehenden Stellungnahme	5
II. Die Untersuchungsmethode	7
III. Abgrenzung gegenüber verwandten Problemen . .	8
1) Verbotene Geschäfte (§ 134 BGB)	9
2) Der Wuchertatbestand	10
3) Abstrakte Schuldgeschäfte	10

B. Hauptteil

I. Das Interesse der Vertragsbeteiligten im Verhältnis zueinander	13
1) Übersicht über die Rechtsprechung und Wertung	13
2) Auslegung und Deutung der Rechtsprechung	22
3) Die erweiternde Auslegung des § 817 BGB (Ausdehnung des Satz 2 auf dingliche An- sprüche)	23
4) Durchbrechung des Gleichgültigkeitsprin- zips:	25
a) bei nicht endgültiger Leistung	25
b) bei Leistungen des Bewucherten	27
c) bei der Rückforderung eines Wucher- darlehns	28
d) in RGZ 145 S.162 ff.	30

	Seite
II. Die Interessen der Vertragsbeteiligten im Verhältnis zu Dritten	40
1) Die Stellung gegenüber dritten Rechts- brechern und Störern	40
2) Die Stellung gegenüber den aus dem über- tragenen Recht Verpflichteten	47
3) Die Stellung der Vertragsbeteiligten gegenüber Dritten bei der Übertragung verbriefter Rechte	52
4) Die Stellung der Vertragsbeteiligten gegenüber Dritten bei der Übertragung von Immaterialgüterrechten	55
5) Die Stellung der Vertragspartner bei der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten	57
6) Die Interessenlage in den Fällen einer sittenwidrigen Begünstigung aus einem Le- bensversicherungsvertrag	58
7) Zusammenfassung	60
III. Rückwirkungen auf Tatbestände außerhalb des Bürgerlichen Rechts	61
1) Im Falle des § 40 StGB	62
2) Der strafrechtliche Schutz des Leistungs- empfängers	64
3) Der Unterschlagungstatbestand	66
4) Auswirkung auf Tatbestände des sonstigen öffentlichen Rechts	67
5) Gesamtwürdigung der Rückwirkung auf außer- privatrechtliche Tatbestände	68
IV. Das Interesse des Eigentümers des Leistungs- gegenstandes, der außerhalb der sittenwidrigen Vertragsbeziehungen steht	69
1) Beispielsfall	69
2) Interessenlage	70
3) Andere Lösungsmöglichkeit	71
V. Das Sittlichkeitsinteresse	72
1) Allgemeine Stellungnahme. Unterschiede der Beeinträchtigung des Sittlichkeitsinter- esses durch das Verfügungs- und das Ver- pflichtungsgeschäft	72

	Seite
2) Widerstreitende Meinungen im Schrifttum und ihre Berechtigung	77
VI. Das Interesse der Einzelrechtsnachfolger des Leistungsempfängers	81
1) Rechtslage	81
2) Die Rechtsprechung	83
3) Stellungnahme	84
4) Zusammenfassung	88
5) Sonderlage bei Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB auf dingliche Ansprüche .	89
VII. Das Verkehrsinteresse	90
1) Allgemeine Bedeutung	90
2) Besondere Bedeutung bei Verfügungen mit sittenwidriger causa	91
VIII. Das Interesse der Gesamtrechtsnachfolger . . .	91
1) Im Normalfall einer Verfügung von Todes wegen. Beispielsfall.	92
2) Rechtsprechung	92
3) Sonderfall: konditionale Abhängigkeit der Verfügung von einer Gegenleistung	93
IX. Das Interesse der Gläubiger der Vertrags- beteiligten	94
1) Die Rechtslage bei der Einzelzwangsvoll- streckung und im Konkurs	95
2) Die Interessenentscheidung	99
X. Die Interessenlage in den "Schädigungs"- Fällen	103
1) Familienfeindliche Verfügungen, insbeson- dere die Schädigung des Erben in RGZ 111 S.51 ff.	103
2) Der Fall in JW 1934 S.1412 No.4	107
3) Die Entscheidung in JW 1904 S.491 ff.	108
4) Die Entscheidung in RGZ 81 S.175 ff.	109
5) Zusammenfassung	111

	Seite
XI. Die Interessenlage in den Fällen der Gläubigergefährdung	112
1) Der Sachverhalt	112
2) Die Fälle der Nichtigkeit nach § 138 Abs.1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	113
3) Die Fälle, in denen das Reichsgericht einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB gewährt	119
4) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	121
5) Höchststrichterliche Entscheidungen, die lediglich beiläufige Erörterungen des vorliegenden Problems enthalten	123
6) Die Interessenlage	124
7) Die Frage der Notwendigkeit der Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte in den Schädigungsfällen	125
XII. Interessenabwägung. Würdigung der von der höchststrichterlichen Rechtsprechung gewählten Begründungen	132
XIII. Abschließende Stellungnahme	137

Literaturnachweis

I. Lehrbücher

1. Boehmer Gustav, Die Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Band I, 1950
Band II 1 und II 2, 1951.
2. Cossack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. und 8. Auflage, 1924-1927.
3. Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 1-6, Erg.Bd. 1-9, 3. und 4. Auflage, 1903-1912
4. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1: Einleitung und Allgemeiner Teil - Nipperdey, 14. Auflage, 1952 und 1955,
Band 2: Schuldverhältnisse - H. Lehmann, 14. Auflage, 1954,
Band 3: Das Sachenrecht - M. Wolff, 9. Auflage, 1932
Das Sachenrecht - M. Wolff, Raiser 10. Auflage, 1957
Band 5: Das Erbrecht - Coing, 10. Auflage, 1955.
5. Esser Josef, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Auflage, 1949.
6. Lehmann Heinrich, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Auflage, 1954.
7. Leonhard, Das Bürgerliche Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 4. Auflage, 1948.
8. Radbruch Gustav, Rechtsphilosophie, 4. Auflage, 1950.
9. Schönke, Zivilprozeßrecht, 7. Auflage, 1951.
10. v. Tuhr Andreas, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, 1932.

II. Grundrisse

1. Heck Philipp, Grundriß des Sachenrechts, 1930.
2. Heck Philipp, Grundriß des Schuldrechts, 1929.
3. Siber Heinrich, Grundriß des Bürgerlichen Rechts,
Teil 2: Schuldrecht, 1931.

III. Kommentare

1. Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeß-Ordnung, 22.Auflage,
1954.
2. Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1952.
3. Güthe-TriebeL, Grundbuch-Ordnung für das Deutsche
Reich, 5.Auflage, 1929.
4. Jaeger, Konkursordnung, Kommentar zur Konkursordnung
und dem Einführungsgesetz, 6. und 7.Auflage, 1931-1936.
5. Kommentar der Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Ge-
setzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtspre-
chung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
(RGRK), 9.Auflage, 1939
10.Auflage (teilw.), 1952 ff.
6. Lehmann Heinrich, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches, 8.Auflage, 1954.
7. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch,
Allgemeiner Teil: Danckelmann,
Schuldrecht, Allgemeiner Teil: Danckelmann,
Schuldrecht, Besonderer Teil: Gramm,
Sachenrecht: Hoche
- - - - -
Erbrecht: Rechenmacher,
15.Auflage, 1956
8. Planck (Flad, Siber, Strecker), Kommentar zum Bürger-
lichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4.und 5.Auflage,
1913-1938.
9. Reimer, Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von
Gebrauchsmustern, 1949, 1950, 1955.

10. Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3.Auflage, 1954.
11. Rosentahl Heinrich, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1 und 2, 14.Auflage, 1953.
12. Schlegelbergers rechtsvergleichendes Handwörterbuch, 1929.
13. Schönke, Strafgesetzbuch, 5.Auflage, 1951.
14. Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 8.Auflage, 1955.
15. v.Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetzen,
Allgemeiner Teil - Riezler, 10.Auflage, 1936,
" " - Coing, 11.Auflage, 1954,
Schuldrecht I - 9.Auflage, 1930,
" II - Kober, Ostler, Kiefersauer, 10.Auflage, 1937,
Sachenrecht - Kober, 10.Auflage, 1937,
" - Seufert, 11.Auflage, 1954 ff.

- - - -

- Erbrecht, Einleitung und § 1922 Boehmer, 10.Auflage, 1937,
Erbrecht - Herzfelder, 9.Auflage, 1928.
16. Staub (Koenige, Pinner, Bondi), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14.Auflage, 1932/33, 12. und 13.Auflage, 1926.
 17. Stranz, Wechselgesetz, Kommentar, 14.Auflage, 1952.

IV. Monographien und Dissertationen

1. Brandt Hans, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 1940, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 120.
2. Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938.
3. v.Caemmerer Ernst, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in der Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht, S.333 ff., 1953.
4. v.Caemmerer Ernst, Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, in der Festschrift für Boehmer, S.145 ff., 1954.

5. Engel, Wird der Rechtsbestand des dinglichen Erfüllungsgeschäfts durch das Vorliegen eines sittenwidrigen Grundgeschäfts beeinflusst? Marburger Diss. 1911.
6. Heck Philipp, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.
7. Heck Philipp, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937, in: Schriften der Akademie für Deutsches Recht.
8. Heck Philipp, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1932, 2. Auflage.
9. Jhering Rudolf, Der Zweck im Recht, 1887.
10. Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 1896.
11. Mittels Ludwig, Aus Römischen und Bürgerlichem Recht, Zur Auslegung von BGB § 138 Abs.1, Leipziger Festschrift für Wach, 1918.
12. Mühl Otto, Sittenwidrigkeit und Leistungsgeschäft, Diss. Göttingen 1947 - U 45/48 3666.
13. Stampe, Das causa-Problem des Zivilrechts, 1904.
14. Wieacker Franz, Wandlungen der Eigentumsverfassung, 1935.
15. Wieland Carl, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen, Basel 1901.
16. Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934.

V. Beiträge in Rechtszeitschriften

1. Becker Ludwig, Die ausdehnende Anwendung des § 817 Satz 2 BGB, in NJW 1952 S.53.
2. v.Caemmerer, Rechtsvergleichung und Reform der Fahnis-Übereignung, in Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1939 S.675 ff.
3. v.Caemmerer Ernst, Preisverstoß und § 817 Satz 2 BGB, in: Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ) 1950 S.646 ff.

4. v.Caemmerer Ernst, Anmerkung zu dem Urteil des Landgerichts Göttingen vom 6.Dezember 1950, in: Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1951 S.162.
5. Cohn Ernst, Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 135 S.67 ff.
6. Doelle Hans, Besprechung von Heinrich Lange: Boden, Ware, Geld, in: Deutsche Juristenzeitung (DJZ), 1934 S.1022.
7. Förster, Die Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb, in "Das Recht", 1905 S.356 ff.
8. Fuchs, Ernst, Anmerkung zu dem Urteil des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift (JW), 1920 S.707 6, ebendort.
9. Hammes Klaus, Das Problem des § 817 Satz 2 BGB, in: Juristische Rundschau (JR), 1950, S.11.
10. Heck, Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB auf alle Bereicherungsansprüche, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 124 S.1 ff.
11. Großman-Doerth, Besprechung zu Heinrich Lange: Boden, Ware, Geld, in: Deutsches Recht (DR), 1939 S.37.
12. Haymann Franz, Anmerkung zu dem Urteil des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift (JW), 1911 S.317, ebend.
13. Krawilicki Robert, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, in: Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Band 81 (1931) S.257 ff.
14. Lange Heinrich, Die Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 146 S.28 ff.
15. Lenel, Der 63.Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, in: Deutsche Juristenzeitung (DJZ) 1907 S.454.
16. Matthiessen, Zur Gültigkeit der Bordellhypothek, in: Deutsche Juristenzeitung (DJZ) 1907, S.534 ff.
17. Matthiessen, Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken, in der Juristischen Wochenschrift (JW), 1911 S.923.

18. Mayer H., Eigentum an Geld und strafrechtliche Konsequenzen, in: "Der Gerichtssaal", 104 S.110.
19. Neubecker, Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen, in: Archiv für Bürgerliches Recht (ArchBR), 22 S.34.
20. Raape Leo, Anmerkung zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 24.II.1926 - 175/V - in der Juristischen Wochenschrift (JW) 1926 S.2529, 2530.
21. Ristow, Die Bedeutung der Eintragung in die Patentrolle bei der Übertragung eines Patents, in der Juristischen Wochenschrift (JW), 1937 S.1858.
22. Rümelin M. von, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen des BGB, in Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 97 S.211 ff. und in AcP 98 S.169.
23. Rumpf, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB, in Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 117 S.315.
24. Siber Heinrich, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 70 S.223 ff.
25. Schmidt-Rimpler Walter, Grundfragen zur Erneuerung des Vertragsrechts, in Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 147 S.130 ff.
26. Schreiber, Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts von dem obligatorischen Vertrage bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäften, in: Gruchots Beiträgen zur Erläuterung der Deutschen Rechtsprechung (Gruch.Beitr.)52 S.50.
27. v.Tuhr, Anmerkung zu der Reichsgerichtsentscheidung in der Juristischen Wochenschrift (JW) 1925 S.470 12, ebendort, und zu der Reichsgerichtsentscheidung in der Juristischen Wochenschrift (JW) 1921 S.1307 1, ebendort.

Außerdem kleinere, im Text näher bezeichnete Beiträge aus den genannten Zeitschriften.

A.

V o r w o r t

=====

I. Problem und Stellungnahme

1. § 138 Absatz I BGB lautet: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

Es steht außer Zweifel, daß durch diese Norm die Ungültigkeit der kausalen Verpflichtungsgeschäfte bestimmt wird. Streit besteht jedoch darüber, ob sich diese Nichtigkeitsfolge auch auf die Verfügungsgeschäfte erstreckt, die auf Grund dieser Verpflichtungsgeschäfte vorgenommen werden. Denn die Verfügungsgeschäfte sind in unserem Rechtssystem abstrakt ausgestaltet, das heißt, sie sind "von dem Rechtsgrund losgelöst, in dem sie ihre Veranlassung finden, und ihre Wirksamkeit ist unabhängig von der Wirksamkeit dieses Rechtsgrundes"¹⁾²⁾.

Umstritten ist beispielsweise, ob bei einer wider die guten Sitten verstoßenden Veräußerung nur der Kaufvertrag nichtig ist oder auch die zu seiner Erfüllung vollzogene, gegenüber jedermann wirksame Übereignung des Kaufgegenstandes, ob also der Käufer Eigentümer desselben geworden ist, oder ob der Verkäufer das Eigentum daran nie verloren hat.

2. Diese Frage läßt sich auf mehrfache Weise beantworten: Man kann einmal zu dem Ergebnis kommen, daß ein solches Verfügungsgeschäft niemals wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein kann. Man kann zweitens auch ein Verfügungsgeschäft, das sich auf eine sittenwidrige Vereinbarung stützt, in jeden Falle als nichtig ansehen. Ferner kann man die erste Lösung als die Regel, die zweite für gewisse Fälle als Ausnahme für richtig halten. Schließlich besteht

1) RGZ 68/100.

2) Über die wichtigste Funktion der abstrakten Verfügungsgeschäfte: Verteilung der Insolvenzgefahr siehe: Franz Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, 1935, Seite 29 ff.

die Möglichkeit der Einziehung des Verfügungsgegenstandes durch den Fiskus³⁾.

3. Die herrschende Ansicht und die Rechtsprechung des Reichsgerichts haben den an dritter Stelle genannten Weg beschritten. Sie sehen im allgemeinen das Erfüllungsgeschäft als gültig an, lassen aber Ausnahmen von diesem Grundsatz zu, so das Reichsgericht mit folgenden, oft wiederholten Leitsätzen: "Im allgemeinen hat die Unsittlichkeit des Veräußerungsgeschäftes die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes wegen dessen abstrakter Natur nicht zur Folge ... Ausnahmen sind anerkannt für das wucherische Geschäft mit Rücksicht auf die besondere Fassung des § 138 Absatz II BGB ... ferner für den Fall, daß gerade die dingliche Übereignung unsittliche Zwecke verfolgt ... oder daß in ihr die Unsittlichkeit begründet liegt ... Die Unsittlichkeit des schuldrechtlichen Geschäftes kann schließlich ... die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes herbeiführen, wenn letzteres von der Gültigkeit des ersteren abhängig gemacht war."⁴⁾

Dieser Ansicht ist der IV. Strafsenat des Bundesgerichtshofs gefolgt⁵⁾.

Auch die Rechtslehre schließt sich dieser Lösung im überwiegenden Maße an. Lehre und Rechtsprechung folgern die allgemeine Unberührtheit der Verfügungsgeschäfte im wesentlichen aus dogmatischen Erwägungen. Sie weisen auf den

3) So im Preuß. ALR I 16 205/206, 209. Heute besteht die Möglichkeit der Einziehung bei gleichzeitigem Verstoß gegen Strafgesetze oder bei Zuwiderhandlungen gegen wirtschaftsrechtliche und Ordnungsvorschriften (§ 12 UWG, §§ 40, 42, 86, 295, 296a, 335 StGB, §§ 17 ff OrdnungswidrigkeitenGes., §§ 7 ff WStrGes.). Siehe dazu auch Rumpf in AcP 117/335 mit den dortigen Nachweisen.

4) RG in HRR 1930 Nr. 595 = RG in SeuffArch 84 Nr. 55 = RG in JW 1930 Seite 907; Übersicht über die reichsgerichtliche Rechtsprechung bei Siber, Schuldrecht 1931, Seite 433, Staudinger/Riezler, 10. Aufl. 1936, § 138 Ann. 22 u. a.

5) Entscheidung vom 7. Mai 1954 in NJW 54, Seite 1292.

Grundsatz der Abstraktion hin, der die Erfüllungsgeschäfte unabhängig mache von der Zweckbestimmung des Gesamtgeschäftes, aus der allein die Sittenwidrigkeit sich ergeben könne⁶⁾ oder auf die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB, die einen Rechtsübergang trotz Sittenwidrigkeit des Grundgeschäftes voraussetze, woraus zu schließen sei, daß der Gesetzgeber das abstrakte Verfügungsgeschäft nicht für sittenwidrig gehalten habe⁷⁾, oder trotz Sittenwidrigkeit desselben seine Nichtigkeit ablehne⁸⁾.

Auch die Begründung der Ausnahmen erfolgt mit begrifflichen Argumenten⁹⁾.

Ebenfalls auf dogmatische Erwägungen stützt sich die schon frühzeitig in der Rechtslehre einsetzende, vereinzelte Kritik, die die zweite Lösung - Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte in jedem Falle - für richtig hält. Sie verweist im wesentlichen auf die Tatsache, daß die Vorschrift des § 138 BGB auf alle Rechtsgeschäfte Anwendung finden müsse, da sie eine Norm des Allgemeinen Teils sei. Sie sei somit auch für die vorwiegend im Dritten Buch des BGB geregelten Verfügungsgeschäfte verbindlich¹⁰⁾.

Außerdem setzt sie sich abwehrend mit den Verhältnis von § 817 zu 138 BGB auseinander, da das ein Hauptargument der Gegenseite ist¹¹⁾.

-
- 6) Nachweise bei Staudinger/Riezler, 10.Aufl.1936, Einl.35 zum III.Abschnitt, Seite 487 = Staudinger-Seufert, 11.Aufl.1956, § 873 Anm.67c; Mühl, Seite 30 Fußnote 1; v.Tuhr, Allgemeiner Teil II 2 § 70 IV, Seite 43 ff; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 14.Aufl., § 191 II 3, Seite 825; RGRK 10.Aufl. § 873 Anm.7b; Staub, HGB, Anhang zu § 346, Anm.5, entgegen der in früheren Auflagen vertretenen Ansicht.
- 7) Mühl Seite 31 mit Nachweisen, Enneccerus-Nipperdey, § 191 II 3 FN 24, RGRK § 817, Zusatz 1 Anm.1 2.Abs.; a.A. Plum in JW 1934, Seite 970.
- 8) Mühl, Seite 31; Förster im "Recht" 1905, S.356; vgl. auch RGZ 63 S.185.
- 9) Mathiessen in JW 1911 S.923 ff. und andere.
- 10) Mühl S.32; Rumpf in AcP 117 S.372; Dernburg, Schuldverhältnisse 1.u.2.Aufl.1899 § 90.
- 11) Mathiessen in JW 1911 S.387, 388, 389; Dernburg § 90; Neubecker, Der abstrakte Vertrag, Arch.f.Bürg.R.22 S.69; Hans Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, S.127.

Ferner wird auf die Tatsache hingewiesen, daß Zweck und Motive auch des dinglichen Geschäftes sittenwidrig seien und dieses somit gleichfalls unter die Nichtigkeits-sanktion fallen müsse¹²⁾.

Diese Erörterungen rechtsdogmatischer Natur können als abgeschlossen angesehen werden. Sie haben zwar zu keinem einheitlichen Ergebnis geführt. Die Fronten sind jedoch hinreichend geklärt und die wesentlichen Gesichtspunkte herausgestellt worden. Es wäre wenig aussichtsreich, in dieser Hinsicht noch Neues beitragen zu wollen.

4. Es gibt jedoch auch eine andere Stellungnahme zu dem vorliegenden Problem. Es fehlt nicht an Versuchen, die Frage, ob ein abstraktes Verfügungsgeschäft nach § 138 Abs.I BGB nichtig sein kann, mit Hilfe von Wertabwägungen und Zweckideen zu klären. Diese Methode geht nicht von dem zweifelhaft gebliebenen Wortlaut der Gesetzesbestimmungen, hier der §§ 138 und 817 Satz 2 BGB, aus, auch nicht von dem systematischen Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuches oder dessen dogmatisch-begrifflichen Konzeptionen, vielmehr untersucht sie die möglichen praktischen Auswirkungen der einen oder anderen Lösung, bewertet die Schutzwürdigkeit der Interessen, die von diesen Lösungsmöglichkeiten gefördert oder beeinträchtigt werden und kommt zu einem Ergebnis durch Abwägung dieser Interessen nach allgemeinen oder solchen Werturteilen, die in anderen gesetzgeberischen Entscheidungen unserer Rechtsordnung ihren Niederschlag gefunden haben¹³⁾.

Derartige Wertabwägungen haben bereits in den Ausführungen von Rumpf in AcP 117 S.315, von Heinrich Lange in AcP 146 S.28 ff., von Ludwig Mittels in der Festschrift

12) Mathiessen in JW 1911 S.925; Staub, HGB 12.u.13.Aufl. 1926 Nachtrag zu § 346 Anm.5; a.A. 14.Aufl.dasselbst.

13) Über diese teleologische oder funktionalanalytische Methode (Interessenjurisprudenz) siehe: Philipp Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, S.1 ff. insbes. S.7; Heck, Rechtsgewinnung, § 1,1; Boehmer, Grundlagen II 1, § 18, S.190 ff.

für Wach¹⁴⁾ und von Schreiber in Gruchots Beiträgen 52 S.515 größere Bedeutung¹⁵⁾. Ganz klar stellt Heck auf die beteiligten Interessen ab. Er berührt das vorliegende Problem in seiner Monographie über "das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft", in der er das abstrakte Verfügungsgeschäft de lege ferenda überhaupt in Frage stellt¹⁶⁾, sowie in seinem "Grundriss des Sachenrechts". Dort bejaht er de lege lata zwar das abstrakte Erfüllungsgeschäft als solches, will jedoch die Nichtigkeitsfolge des § 138 I BGB auch auf das Erfüllungsgeschäft ausgedehnt wissen¹⁷⁾. Wie Mühl feststellt, folgt er dabei den gleichen Nichtigkeits-erwägungen wie Schmidt-Rimpler im AcP 147 S.130 ff.¹⁸⁾.

Diese Stellungnahme Hecks und anderer erfolgt wegen der weiteren Themenstellung der Gesamtausführungen jedoch nur exkursartig. Auch Mühl widmet den Interessenerwägungen nur einen Teilabschnitt und referiert im wesentlichen die erwähnten Erkenntnisse Hecks, Schmidt-Rimplers und Schreibers¹⁹⁾.

5. Es erscheint jedoch lohnend, das vorliegende Problem einmal zum Gegenstand einer gesonderten Untersuchung zu machen, die die inzwischen in der Rechtsprechung gewonnenen Ergebnisse in den Mittelpunkt stellt. Denn die bei diesem Problem in Erscheinung tretende Interessenlage läßt sich nicht ohne weiteres mit derjenigen ähnlicher Problemstellungen gleichsetzen. So besteht vor allem ein Unterschied zu den Fällen, in denen die Einwirkung von Willensmängeln auf das Erfüllungsgeschäft in Frage steht. Während dort der Nichtigkeitsgrund aus den Interessen der Beteiligten ableitbar und bestimmbar ist, gründet er sich im Falle des § 138 I BGB - ähnlich dem Tatbestand des § 134 BGB - auf Interessen der Allgemeinheit und verweist auf

14) S.26 ff.

15) Eingehende Stellungnahme bei Mühl S.35 ff.

16) daselbst S.4, § 1.

17) daselbst § 30, S.122.

18) Mühl S.35 ff.

19) Mühl S.65 ff.

die Maßstäbe der sittlichen Ordnung, also einer von der Rechtsordnung verschiedenen Wertkategorie²⁰⁾. Die Frage der Tragweite des Nichtigkeitsgebotes in § 138 Absatz I BGB unterscheidet sich daher nicht unwesentlich von dem Problem der Einwirkung von Willensmängeln auf abstrakte Verfügungsgeschäfte, so daß sich eine getrennte Erörterung rechtfertigt.

Die Frage bedarf aber nicht nur einer gesonderten, sie bedarf auch einer eingehenden Untersuchung. Denn der § 138 BGB gebietet die Bevorzugung von Allgemeininteressen vor sonst geschützten Individualinteressen, nämlich der verbindlichen Kraft des Parteiwillens. Er bewirkt also eine Schmälerung privater Rechte im öffentlichen Interesse. Daher scheint es erforderlich, die Reichweite dieser Allgemeininteressen genau abzustechen, um, dem Geist unserer verfassungsrechtlichen Ordnung entsprechend, den Einbruch in die Privatsphäre auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken.

Diese Aufgabe zu lösen, soll mit vorliegender Arbeit versucht werden. Es sollen die beteiligten Interessen einzeln daraufhin geprüft werden, welche Bedeutung für sie die Nichtigkeit oder Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes wegen, bzw. trotz eines sittenwidrigen Grundgeschäftes hat und welcher Grad von Schutzwürdigkeit ihnen im Vergleich zueinander zukommt. Wo Anlaß dazu besteht, soll ferner untersucht werden, ob nicht eine andere Lösung als die Nichtigkeit auch der Verfügungsgeschäfte diesen Interessen ebenso- gut oder sogar besser gerecht wird, so daß die Ausdehnung der Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB als nicht notwendig oder gar nicht einmal tunlich erscheint.

20) Darüber Gustav Radbruch, S. 139: "Umkleidung desselben Materials mit doppeltem Wertcharakter."

II. Die Untersuchungsmethode

Die Interessenuntersuchung soll an Hand der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs erfolgen. Dadurch soll geklärt werden, ob sich für das vorliegende Problem eine feste Rechtsprechung entwickelt hat, der trotz aller Kritik der Wissenschaft²¹⁾ von der Praxis beständig Folge geleistet wurde und noch wird. Eine solche Untersuchung ist auch dort erforderlich, wo die Rechtsprechung wie im vorliegenden Falle ständig bestimmte Formulierungen verwendet. Denn die Wiederholung eines Leitsatzes allein bedeutet noch keine echte Fortbildung des geltenden Rechtes²²⁾. Davon kann nur gesprochen werden, wenn die obersten Gerichte ihre Entscheidungen auch tatsächlich auf diesen Leitsatz stützen, ihn also nicht lediglich beiläufig erwähnen. Denn solche "obiter dicta", die vielfach lediglich eine der Literatur oder anderen Entscheidungen entlehnte Lehrmeinung wiederholen, bieten keine Gewähr dafür, daß die Rechtsprechung einen gewissen Interessenkonflikt in diesem oder jenem Sinne lösen will. Aber auch dort, wo die rechtlichen Erwägungen die Entscheidung tragen sollen, ist es wichtig, sich über ihre interessenmäßige Bedeutung klar zu werden, da sich nur so ihr Geltungsbereich ermitteln läßt.

Zum anderen hat die interessenmäßige Überprüfung der Rechtsprechung folgende Bedeutung: Die überzeugendste Rechtfertigung für die als Interessenjurisprudenz bekannte Methode ist die Behauptung, daß diese Methode nicht von einem neuen Postulat für die Auslegung von Gesetzen ausgehe, daß sie vielmehr nur eine Anwendung der Gesichtspunkte sei, nach denen der Gesetzgeber und auch der gute Richter schon von jeher seine Entscheidungen bewußt oder unbewußt getroffen habe, wenngleich er sie meistens hinter

21) siehe oben S.3 u.4, Fußnoten 10, 11, 12.

22) Darüber, ob eine solche Fortbildung im deutschen Recht überhaupt möglich ist, siehe Brandt, "Eigentumserwerb und Austauschgeschäft", S.121 (zweifelnd) und wohl richtiger Mabel in Z.ausl.int.PR (1951) S.340 ff.

anderen, ihm legitimer erscheinenden Begründungen verborgen habe, der Gesetzgeber hinter naturrechtlichen Gedanken, der Richter hinter rechtsdogmatischen Entscheidungsgründen. Diese Erscheinung, die man mit dem Namen "Kryptosoziologie" gekennzeichnet hat²³⁾, treffe insbesondere bei der Rechtsprechung der obersten Gerichte zu.

Lassen sich diese Unterstellungen für die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu § 138 I BGB nachweisen, so ist damit sowohl der Beweis für die Berechtigung dieser Untersuchungsmethode als auch für die Richtigkeit der von der Rechtsprechung aufgestellten Leitsätze vom Interessenstandpunkt aus erbracht. Es besteht dann die Möglichkeit, Entscheidungen, die von den sonstigen Ergebnissen der Rechtsprechung abweichen, entweder als Scheinausnahmen von der allgemeinen Rechtsprechung zu kennzeichnen, die tatsächlich doch den gleichen Interessengesichtspunkten folgen, sich nur hinsichtlich der vorgeschobenen begrifflichen Begründungen nicht auf einen Nenner bringen lassen, oder aber diese um so sicherer - da auch interessemäßig nicht begründet - als verfehlt abzulehnen. Es ergibt sich weiterhin der Vorteil, daß durch Aufdeckung der wahren Gründe der vom Reichsgericht entwickelten Leitsätze deren praktische Anwendung erleichtert und eine Fehlinterpretation vermieden werden kann.

III. Abgrenzung

Es ist schon erwähnt worden, daß die Interessenlage des zu behandelnden Problems sich wesentlich von derjenigen bei einem von Willensmängeln beeinträchtigten Geschäft unterscheidet und daher einer besonderen Untersuchung bedarf²⁴⁾. Ebenso sehr und aus dem gleichen Grunde ist der Gegenstand dieser Untersuchung gegenüber weiteren verwandten Tatbeständen abzugrenzen.

23) siehe Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, § 8, 4, S.98.

24) siehe oben S.5 u.6.

1. So ist zunächst einmal das Verhältnis zu § 134 BGB zu klären.

Schon vom Gesetzgeber wird in § 817 BGB das verbotene Geschäft mit dem sittenwidrigen gleichgestellt. Tatsächlich bestehen auch viele Übereinstimmungen. Insbesondere wird auch bei dem verbotenen Geschäft der Parteiwille - vielfach aus Gründen des Allgemeinwohls - für nicht verbindlich erklärt. Dennoch bestehen Unterschiede, die jedenfalls eine gesonderte Untersuchung rechtfertigen.

Der § 138 BGB bezieht sich generalklauselartig auf die Normen der sittlichen Ordnung, die nicht kodifiziert sind, sich einer Festlegung ihrem Wesen nach auch entziehen²⁵⁾. § 134 BGB verweist dagegen auf vom Gesetzgeber niedergelegte Vorschriften, die bereits ein bestimmtes Unwerturteil beinhalten. Aus Wortlaut, Sinn und gesetzgeberischer Absicht dieser Vorschrift oder des sie enthaltenden Gesetzes läßt sich ableiten, ob das Unwerturteil nur den obligatorischen Vertrag oder auch die auf diesem beruhende Rechtsübertragung treffen will. § 134 BGB ist somit keine Generalklausel, die eine eigene Wertung des in Frage stehenden Tatbestandes erfordert, vielmehr verweist er nur auf eine Reihe von fest umrissenen Tatbeständen, deren Wertung bereits durch den Gesetzgeber selbst verbindlich erfolgt ist und nur noch einer näheren Auslegung bedarf. Er ist gleichsam nur eine Ausklammerung der zivilrechtlichen Folgen von verbotenen Geschäften, von Folgen, die vielfach sogar bereits in den Verbotsgesetzen selbst ausgesprochen sind. Es liegt daher in der Natur der Sache, im Falle des § 134 BGB für die Beantwortung der Frage, ob auch das Verfügungsgeschäft nichtig sein soll, auf die ursprünglichen Verbotsbestimmungen und deren Sinn und Zweck zurückzugreifen, wie die Rechtsprechung es seit langem tut²⁶⁾. Für die Behandlung der Fälle

25) Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1950, S. 139.

26) so seit RG in Warn. Rechtspr. 1910 S. 102; vergl. auch: RG in Warn. Rechtspr. 1931 S. 100.
Boehmer, Grundlagen Bd. I § III 3a, S. 57.

des § 138 I BGB ergibt sich daraus keine Analogie, da dort keine gesetzlichen Werturteile vorliegen, der Richter vielmehr eine eigene Wertung vorzunehmen hat.

Dieser Unterschied zwischen den verbotswidrigen und den sittenwidrigen Geschäften rechtfertigt es, die verbotenen Geschäfte nicht zum Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen zu machen.

2. Ähnliches hat vom Tatbestand des Wuchers zu gelten. Diesen hat zwar der Gesetzgeber in § 138 BGB selbst als Unterfall der sittenwidrigen Geschäfte ausgestaltet, allerdings nicht ohne die vorliegende Frage durch Einfügen der Worte "gewähren läßt" in Absatz II im Sinne der Nichtigkeit auch der Verfügungsgeschäfte zu klären. Jedenfalls werden diese Worte seit RGZ 57 S.95 von der Rechtsprechung so ausgelegt, ohne daß dem je ernsthaft widersprochen worden wäre. Die Frage, warum hier eine Entscheidung für die Nichtigkeit demnach offenbar angezeigt erscheint, interessiert für die nachfolgenden Ausführungen insofern, als sich daraus ergeben kann, welche Gesichtspunkte für die Gültigkeit oder Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte allgemein maßgeblich sind. Darüber hinaus - also hinsichtlich gewisser Einzelprobleme - ist der Wuchertatbestand als einseitig sittenwidriges Geschäft für die Untersuchung der Interessenlage bei beiderseitigem Sittenverstoß ohne Bedeutung.

3. Außer Betracht sollen ferner solche abstrakten Geschäfte bleiben, die nicht Verfügungsgeschäfte sind, so vor allem das abstrakte Schuldversprechen und das abstrakte Schuldanerkenntnis. Deren gesonderte Behandlung hält schon Rümelin in seiner grundlegenden Abhandlung in AcP 97 S.211-360 und in AcP 98, S.169-346 für berechtigt. Er stützt diese Ansicht auf die Monographie Wielands über den "Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen". Dieser führt aus, es sei wegen der verschiedenen Bedeutung, die der causa innerhalb des Sachenrechts und des Obligationenrechts zukomme, vergebliches Bemühen, einen einheitlichen Begriff des abstrakten Rechtsgeschäfts aufstellen zu wollen²⁷⁾.

27) Wieland, § 3 S.17.

Beim dinglichen Rechtsgeschäft bedeute die Abstraktion, daß eine Einigung über die causa für die Rechtsbegründung oder die Rechtsübertragung nicht erforderlich sei. Dagegen sei bei einem abstrakten Schuldgeschäft nur die Klagbarkeit, nicht dagegen die materielle Leistungspflicht von der Gültigkeit der causa unabhängig²⁸⁾.

Auch Heck folgert aus ähnlichen Gesichtspunkten, daß hinsichtlich der abstrakten dinglichen Geschäfte und der abstrakten Schuldverträge eine getrennte Wertung erforderlich sei: Auf dem Gebiete des Sachenrechts diene die Abstraktion dem Schutz der Gläubiger und Rechtsnachfolger, bei den abstrakten Schuldgeschäften jedoch der Beweiserleichterung, während ein materieller Kausalschutz nicht bestehe und eine Wirkung der Abstraktion gegenüber Dritten überhaupt nicht eintrete²⁹⁾. Neben diesen - heute wohl durchweg als berechtigt anerkannten - Erwägungen³⁰⁾ scheint mir im Rahmen der vorliegenden Untersuchung folgender Gesichtspunkt besondere Beachtung zu verdienen:

Die Besonderheit der abstrakten Schuldgeschäfte beruht nicht auf einer wesensmäßigen Verschiedenheit zu den einfachen Schuldvereinbarungen, sondern auf einer dahingehenden Parteivereinbarung. Schuldner und Gläubiger kommen überein, hinsichtlich der in Frage stehenden Forderung die Einreden aus dem Rechtsgrund auszuschließen, es also so zu halten, wie es bei den Verfügungsgeschäften rechtens ist. Da aber der § 138 BGB gerade die Unwirksamkeit der Parteivereinbarungen gebietet, kann bei interessenmäßiger Betrachtung auch diese Ausschlußvereinbarung, die lediglich mit Rücksicht auf die Parteibeziehungen erfolgt und im Re-

28) Wieland, § 3 S.18, sowie § 8 S.64.

29) Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, S.53 ff.

30) siehe hierzu auch die rechtshistorischen Ausführungen bei Mittelsch, Leipziger Festschrift für Wach, S.21 ff., sowie die Stellungnahme daselbst S.24 ff. hinsichtlich des geltenden Rechts mit Hinweis auf die §§ 656 Abs.2, 762 Abs.2 und 817 BGB; ferner Siber, Schuldrecht 1931, S.56 und S.430, sowie in Jh.Jahrb.70 S.273, Fußnote 2; weitere Nachweise bei Mühl, S.53.

gelfalle keine Verdinglichung des Rechtes gegenüber Dritten zum Ziele hat³¹⁾, keine Gültigkeit haben. Wo die Rechtsordnung dem Parteiwillen seine Gültigkeit nimmt, kann es nicht möglich sein, diesem durch eine weitere Willensbetätigung dennoch Erfolg zu verleihen.

Somit erscheint es richtig, im folgenden nur auf die sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfte abzustellen und die abstrakten Schuldgeschäfte nicht in die Untersuchung mit einzubeziehen.

Gegenstand der folgenden Untersuchung sind also lediglich die Verfügungsgeschäfte, die auf Grund von beiderseitig sittenwidrigen Kausalabreden vorgenommen werden.

31) Wie etwa im Falle der Begründung einer Grundschuld, wo die Gleichsetzung mit den sachenrechtlichen Verfügungsgeschäften aus diesem Grunde gerechtfertigt ist (dazu RGZ 73 S.143) und bei Begebung des Wechsels wegen dessen Umlaufbestimmung, siehe Mühl S.82 u.83. Staub/Stranz Art.17 Anm.25 u.62.

B.

H a u p t t e i l

I. Die Interessen der Vertragsbeteiligten im Verhältnis zueinander

1. Als erstes soll die Frage geprüft werden, welche Bedeutung die Wirksamkeit der Verfügung im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander hat. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts berührt dieses Problem zunächst in den Fällen, in denen der Leistende das auf Grund eines sittenwidrigen Kausalgeschäfts Geleistete zurückfordert. Mit einem solchen Rückgabeverlangen befassen sich folgende Entscheidungen:

RGZ 73 S.143

RGZ 78 S.283

RG in JW 1913 S.682

RG in LZ 1918 Nr.1270

RG in JW 1921 S.461 Nr.3

RGZ 109 S.201

In diesen Entscheidungen wird ein Anspruch des Leistenden auf Rückgabe des Leistungsgegenstandes aberkannt, weil das Leistungsgeschäft trotz Nichtigkeit des Grundgeschäftes gültig sei und einer Rückforderung im Wege der Bereicherungsklage die Vorschrift des § 817 Satz 2 entgegenstehe.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch die Entscheidung in RGZ 75 S.69 ff., in der der Käufer mit der Klage auf Feststellung seines Eigentums obsiegt.

Auch in den nachfolgenden Entscheidungen steht das Rückforderungsrecht des Leistenden in Frage:

RGZ 70 S.1

RGZ 86 S.98

RGZ 100 S.246.

In diesen Fällen befindet sich jedoch der Leistungsgegenstand nicht mehr im Besitz des Empfängers. Der Leistende kann somit lediglich einen Wertersatzanspruch nach Bereicherungsrecht geltend machen und es steht nur zur Entscheidung, ob ein solcher Bereicherungsanspruch nicht durch § 817 Satz 2 ausgeschlossen wird. Die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes ist folglich für diese Fälle nicht mehr von Bedeutung und die Entscheidungen befassen sich demnach auch nicht mit dieser Frage. Es handelt sich also bei diesen Fällen nicht um das Problem der Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes, sondern um die Frage, ob § 817 Satz 2 dem geltend gemachten Bereicherungsanspruch entgegensteht oder nicht.

Der Rückforderungsanspruch des Leistenden wird ferner von folgenden Entscheidungen behandelt:

RG in WR 1911 Nr.115

RG in JW 1912 S.862

RG in Gruchot 58 895

RG in WR 1921 Nr.93.

In diesen Fällen ist auf Grund eines sittenwidrigen Vertrages ein Gegenstand zu nur vorübergehendem Zweck auf den Empfänger übertragen worden. Hier erkennt das Reichsgericht einen Bereicherungsanspruch des Leistenden trotz § 817 Satz 2 BGB an, da diese Vorschrift sich nur auf endgültige Leistungen beziehe. Auch diese Fallgruppe betrifft nur ein Problem des § 817 Satz 2 und nicht die Frage der Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes.

Der Großteil der Entscheidungen, die die Wirksamkeit der Verfügungsgeschäfte in Hinblick auf das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander erörtern, behandelt das Problem der Restkaufgeldhypothek beim Verkauf eines Bordells oder bei einem sonstigen anstößigen Grundstücksverkauf. Diesen "Bordellhypotheksfällen" liegt im wesentlichen folgender Tatbestand zugrunde:

Ein Grundstück ist gekauft worden, um auf ihm einen Bordellbetrieb zu eröffnen oder weiterzubetreiben. Mit

Rücksicht auf diesen Verwendungszweck des Grundstücks haben die Vertragsparteien einen überhöhten Kaufpreis vereinbart. Diesen hat der Käufer nur zum Teil beglichen und dem Verkäufer zur Sicherung der Restkaufgeldschuld eine Hypothek bestellt. Nach Umschreibung des Grundstücks auf den Käufer verweigert dieser die Zahlung der Restkaufgeldschuld. Der Verkäufer erhebt, um die Restsumme beizutreiben, die dingliche Klage oder der Käufer kommt dieser Maßnahme zuvor, indem er auf Feststellung klagt, daß dem Verkäufer keinerlei Ansprüche aus der Hypothek zustehen.

Das Reichsgericht hat - bis auf eine noch zu erörternde Ausnahme in RGZ 145 S.152 ff. - in allen diesen Fällen die Rechtsgültigkeit der Übereignung und der Grundpfandrechtsbestellung anerkannt. Fraglich ist nur gewesen, wem dieses Grundpfandrecht zusteht, ob - wie von den Parteien beabsichtigt - eine Hypothek des Verkäufers entstanden ist oder ob gemäß den §§ 1163 und 1177 BGB eine Eigentümergrundschild des Käufers zur Entstehung gekommen ist. Anfänglich - in RGZ 63 S.179 - hat das Reichsgericht sich für eine Hypothek des Verkäufers entschieden. Es hat die Bestimmung des § 1163 BGB, dessen Voraussetzungen es für gegeben erachtet hat, mit dem Rückforderungsverbot des § 817 Satz 2 BGB nicht für vereinbar gehalten. § 817 Satz 2 BGB - so hat das Reichsgericht im einzelnen ausgeführt - schließe bei beiderseitigem Sittenverstoß eine Rückforderung aus. Zwar könne eine Leistung dann zurückgefordert werden, wenn sie in der Eingekung einer Verbindlichkeit bestehe. Diese Ausnahme beziehe sich jedoch nur auf die abstrakten Schuldverträge, nicht jedoch auf eine Hypothekenbestellung, da durch diese eine persönliche Haftung nicht begründet werde. Schließe somit § 817 BGB in dem Sonderfall des beiderseitig sittenwidrigen Geschäfts eine Rückforderung aus, so könne man nicht auf dem Umweg über § 1163 BGB zu einem entgegengesetzten Ergebnis kommen. Aus den gleichen Erwägungen sei auch § 1169 BGB unanwendbar. Der Verkäufer könne also die dingliche Klage geltend machen, obwohl eine persönliche Schuld wegen § 138 BGB nicht bestehe.

Diese Ansicht hat das Reichsgericht später aufgegeben. Seit der Entscheidung vom 5. Februar 1908 in RGZ 68 S. 97 und JW 1908 S. 297 nimmt das Reichsgericht an, daß zwar ein Grundpfandrecht entstanden sei, dieses aber wegen der Nichtigkeit der persönlichen Forderung dem Käufer gemäß den §§ 1163 und 1177 BGB als Eigentümergrundschild zustehe. Wenn der Käufer sich auf die Nichtigkeit der Forderung berufe, so stelle das keine im Gegensatz zu § 817 Satz 2 BGB stehende Rückforderung dar. Denn durch die Hypothekenbestellung sei infolge der Nichtigkeit der Forderung von Anfang an keine Vermögensverschiebung erfolgt. Die dingliche Klage des Verkäufers eines Bordellgrundstücks aus der Restkaufgeldhypothek sei daher abzuweisen.

Diese Rechtsansicht vertritt das Reichsgericht in sämtlichen nachfolgend aufgezählten Entscheidungen, die das Problem der Bordellhypothek behandeln.

Es gibt der Klage des Käufers und Inhabers der Eigentümergrundschild auf Herausgabe des Hypothekenbriefes statt:

RG in Warn. 1911 Nr. 267 = JW 1911 S. 317
RGZ 75 S. 10.

Auch der Rechtsnachfolger des Käufers kann sich nach Ansicht des Reichsgerichts darauf berufen, daß keine Hypothek des Verkäufers, sondern eine Eigentümergrundschild des Käufers entstanden sei, und obsiegt mit der Feststellungsklage, daß dem Verkäufer ein dinglicher Anspruch aus der Hypothek gegen ihn als jetzigen Eigentümer des Grundstücks nicht zustehe. Der Einwand der allgemeinen Arglist, so meint das Reichsgericht in diesem Falle, stehe der beantragten Feststellung nicht entgegen. Denn der Rechtsnachfolger des Käufers erreiche keine Befreiung von der übernommenen Schuld, vielmehr bleibe er dem Käufer des Bordellgrundstücks aus der Grundschild verpflichtet:

so RG in JW 1912 S. 853 4.

Dementsprechend gibt das Reichsgericht der dinglichen Klage des Käufers - oder seines Zessionars - gegen den Rechtsnachfolger statt, so in dem Nachverfahren zu der eben

erwähnten Entscheidung:

RG in JW 20 S.1076

sowie in folgender Entscheidung:

RG in Gruchot 59 Nr.66.

Die Klage des Käufers auf Einwilligung in die Löschung der Bordellhypothek - verbunden mit einer negativen Feststellungsklage, daß dem Verkäufer eine persönliche Forderung nicht zustehe - hat das Reichsgericht allerdings in zwei veröffentlichten Entscheidungen abgewiesen: RGZ 71 S.432

RG in JW 1912, S.632.

Die Entscheidungen beruhen aber darauf, daß das Reichsgericht in diesen Fällen das Klagebegehren für arglistig gehalten hat. Der Verkäufer hatte die Rücknahme der Kaufsache angeboten, der Käufer ein solches Angebot jedoch abgelehnt, es vielmehr vorgezogen, das Bordellgrundstück zu behalten. Unter diesen Umständen - meint das Reichsgericht - verstoße der Käufer wider Treu und Glauben, wenn er sich von seiner Verpflichtung zu lösen suche. In den Gründen der Entscheidung in RGZ 71 S.432 führt das Reichsgericht jedoch ausdrücklich aus, es dürfe aus dieser Klageabweisung nicht mit Hilfe der Rechtskraft hergeleitet werden, daß dem Verkäufer ein Anspruch auf den Kaufpreis zustehe.

In dem ähnlich gelagerten Fall in Warn.1931 Nr.119

hat das Reichsgericht hinsichtlich der Frage der Arglist anders entschieden. Hier handelt es sich allerdings nicht um eine Bordellhypothek. Vielmehr hat in diesem Fall ein Kaufmann seiner Geliebten als Belohnung für die geschlechtliche Hingabe ein Darlehn zum Erwerb eines Hausgrundstücks gegeben und sich an dem Grundstück eine Hypothek zur Sicherung dieses Darlehns bestellen lassen. Nach Lösung des Verhältnisses verlangt die Geliebte die Löschung dieser Hypothek. Das Reichsgericht hat ihrer Klage mit der Begründung stattgegeben, es sei keine Hypothek des Kaufmanns, sondern eine Eigentümergrundschuld der Geliebten entstanden. Die Geliebte - so hat das Reichsgericht in dieser

Entscheidung weiter ausgeführt - handele nicht arglistig, wenn sie die Löschung beantrage, da sie sich nur auf den Zustand berufe, der von Rechts wegen bestehe.

Im Gegensatz zu den vorgenannten Entscheidungen, die den Übergang des Eigentums und die Entstehung des Grundpfandrechtes bei beiderseitigem Sittenverstoß nicht infrage stellen, steht die Entscheidung in RGZ 145 S.152. In dieser unten noch näher zu behandelnden Entscheidung hatte ein Ehemann seiner Ehefrau ein Grundstück übertragen, um ihre Einwilligung in die Ehescheidung zu erreichen. Der Wert dieses Grundstücks sollte der Ehefrau jedoch nicht in voller Höhe zukommen. Folglich hatte sich der Ehemann in Höhe des Teils, der vertragsgemäß ihm verbleiben sollte, eine Hypothek bestellen lassen. In der von der Ehefrau angestregten Klage auf Löschung der Hypothek hat das Reichsgericht entschieden, daß hier trotz Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des scheidungserleichternden Abkommens keine Eigentümergrundschild der Ehefrau entstanden sei. Diese sei überhaupt nicht Eigentümerin des Grundstückes geworden. Denn in diesem Falle sei das unsittliche Ziel, nämlich die Einwilligung der Ehefrau in die Scheidung, erst durch die dingliche Übereignung erreicht worden. Folglich sei hier einer der Ausnahmefälle gegeben, in dem auch das dingliche Verfügungsgeschäft nichtig sei.

Die Übersicht über die Entscheidungen, die die Beziehung der Parteien eines beiderseitig sittenwidrigen Vertrages untereinander regeln, zeigt also, daß das Reichsgericht die Verfügungsgeschäfte bis auf einen Ausnahmefall für wirksam erachtet. Es fragt sich, wie dieses Ergebnis interessenmäßig zu werten ist.

Zur Klärung dieser Frage sei von der Entscheidung in RGZ 109 S.201 ausgegangen:

In diesem Fall hat der Verpächter eines zu Bordellzwecken genutzten Grundstücks das Inventar des Bordells gleichzeitig an die Pächterin veräußert. In einem Vorprozeß ist die Pächterin zur Räumung des Grundstückes verurteilt worden. Der Verpächter verlangt nunmehr die Herausgabe des

veräußerten Inventars unter Berufung auf die Nichtigkeit des Geschäfts wegen Sittenwidrigkeit. Die Pächterin beantragt Abweisung der Klage, gegebenenfalls Rückzahlung der für das Inventar von ihr geleisteten Kaufsumme.

Das Reichsgericht weist die Klage ab und führt in den Gründen aus: Zwar sei der Kaufvertrag über die Inventargegenstände nichtig, da sein Zweck den guten Sitten zuwiderlaufe. Die "Unsittlichkeit des schuldrechtlichen Geschäftes ziehe aber regelmäßig die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes nicht nach sich". Ausnahmen von dieser Regel träfen hier nicht zu. Das Eigentum an den Inventargegenständen sei daher auf die Käuferin übergegangen. Der Verkäufer sei somit auf Bereicherungsansprüche angewiesen. Diesen stehe aber die Vorschrift des § 817 Satz 2 entgegen.

Wie verhält sich dieses Ergebnis zu den Belangen der Partner der auf Grund unsittlichen Geschäftes erfolgten Verfügung, hier des Verkäufers und des Käufers?

Das Interesse der an einem Vertrag beteiligten Parteien geht in erster Linie auf die Erfüllung des Vertrages. Diesem Interesse kann bei sittenwidrigen Verträgen nicht stattgegeben werden, da § 138 I BGB diese im Allgemeininteresse für nichtig erklärt. Damit sind auch alle Ansprüche abgeschnitten, die sonst auf Grund eines Vertrages bei dessen Scheitern an die Stelle der Erfüllung treten, etwa ein Anspruch auf Schadensersatz oder die Ansprüche nach ausgedebtem Rücktritt. In einem solchen Falle beschränkt sich das Interesse der Beteiligten darauf, das bereits Geleistete zurückfordern zu können.

Diesem Interesse könnte im vorliegenden Falle auf zweierlei Weise Rechnung getragen werden. Einmal, indem man nicht nur den schuldrechtlichen Vertrag, sondern auch die Verfügung für nichtig erklären würde. Dann träte kein Rechtserwerb auf Seiten des jeweiligen Empfängers ein und der Leistende könnte sein Eigentum von diesem zurückfordern. Die zweite Möglichkeit ergibt sich aus den Bereicherungsvorschriften: Bei nichtigen Vertrag ist der Rechts-

grund der Leistung weggefallen, so daß diese daher nach den §§ 812 ff. zurückgefordert werden kann.

Beide Möglichkeiten werden hier vom Reichsgericht abgelehnt. Der Eigentumsübergang wird trotz mangelnden gültigen Rechtsgrundes anerkannt, der verbleibende Bereicherungsanspruch kraft Gesetzes ausgeschlossen. Durch diesen Ausschluß der Bereicherungsnormen nach § 817 Satz 2 BGB gewinnt die Entscheidung über die dingliche Rechtslage ausnahmsweise Bedeutung auch für die endgültige materielle Güterzuweisung, hat also nicht nur wie sonst die Bedeutung einer "organisatorischen Norm"³²⁾.

Die Wirksamkeit der Verfügungsgeschäfte bedeutet somit hier, daß dem Rückabwicklungsinteresse der Beteiligten nicht stattgegeben wird.

Diese Lösung erscheint vorliegend keineswegs unbillig, da beiderseits die ausbedungenen Leistungen erbracht sind. Die Parteien stehen also praktisch so, als sei der Vertrag gültig gewesen und erfüllt worden.

Das ist jedoch dort anders, wo eine Partei eine Vorleistung erbracht hat, wie in dem Fall in RGZ 63 S.346. Dort hat die Verpächterin eines Bordells das Bordellinventar unter Eigentumsvorbehalt verkauft. Auf den Kaufpreis hat die Pächterin bereits 7.000 RM bezahlt. Nun verlangt die Verpächterin Räumung des Hauses unter Zurücklassung des Inventars, also praktisch Rückgabe des Inventars. Die Pächterin verlangt widerklagend von der Klägerin die Zahlung von 5000 RM. Um diesen Betrag - so behauptet die Pächterin - sei die Verpächterin ungerechtfertigt bereichert, da sie bereits 7.000 RM als Kaufpreis erhalten habe, ihr für die zwischenzeitliche Benutzung aber höchstens 2.000 RM zuzubilligen seien.

Dem Klageantrag wird stattgegeben, während die Widerklage abgewiesen wird, und zwar mit folgender Begründung: Pacht- und Kaufvertrag seien nach § 138 I BGB nichtig. Das berühre aber den Übergang des Eigentums an den gelei-

32) vergl. Wieacker, Wandl.d.Eigentumsverfassung, 1935, S.29.

steten 7.000 RM nicht. Einem Rückforderungsrecht auf Grund der Bereicherungsvorschriften, das als einziges die Widerklage begründen könne, steht aber § 817 Satz 2 BGB entgegen, und zwar auch dann, wenn dieser Bereicherungsanspruch auf § 812 BGB gestützt werde. Denn der Bereicherungsanspruch sei "im wesentlichen ein einheitlicher"³³⁾.

Hier hat der Käufer vorgeleistet. Er hat den Kaufpreis teilweise bezahlt, ohne den Kaufgegenstand zu Eigentum zu erwerben. Während der Käufer das Inventar auf Grund seines Eigentumsrechtes noch herausverlangen kann, wird der Rückforderungsanspruch des Käufers abgelehnt; der dingliche, da das Eigentum trotz Unsittlichkeit des Grundgeschäftes übergegangen sei, der Bereicherungsanspruch wegen des gesetzlichen Ausschlusses in § 817 Satz 2 BGB.

Obwohl also hier im Gegensatz zu dem vorher erörterten Fall kein Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung besteht, vielmehr der Käufer auf grob unbillige Weise benachteiligt ist, wird dennoch dem Rückabwicklungsinteresse des Verlierers nicht stattgegeben.

Das gleiche geschieht der Verkäuferseite in den Fällen der Boriell-Restkaufgeldhypothek, in denen wie in RGZ 68 S.97 (im Gegensatz zu der vorausgegangen Rechtsprechung des gleichen Senats in RGZ 63 S.179) die dingliche Klage des Verkäufers, der sein Grundstück hergegeben hat, abgewiesen wird. In diesen Fällen ist der Käufer im Vorteil und der Verkäufer der Geprellte: Der Kaufgegenstand ist in das Eigentum des Käufers übergegangen, ohne daß dieser den vollen vereinbarten Kaufpreis gezahlt hat. Auch die dingliche Sicherung des Kaufpreisanspruches verfehlt ihr Ziel. Der Verkäufer kann also weder das Grundstück zurückfordern noch den Kaufpreis verlangen³⁴⁾.

33) ständige Rechtsprechung, Kritik bei Heck AcP 124 S.1 ff. Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 auf alle Bereicherungsansprüche, insbesondere Seite 2.

34) Heck verlangt in solchen Fällen Zulassung der Rückforderung des Geleisteten nach § 812 BGB, da dieser neben § 817 "selbständiger Schutzgrund" (materielle Konkurrenzfälle) sei. Heck AcP 124 S.4, 28 und 29.

Aus allen drei Fällen ergibt sich somit: Gleichgültig, ob der Vollzug des verpönten Geschäftes einen Ausgleich von Leistung und Gegenleistung geschaffen hat oder ob einer der Vertragschließenden, der eine Vorleistung erbracht hat, Nachteile erleidet, wird jedes Abwicklungsinteresse der Vertragspartner abgelehnt³⁵⁾. Dieses Ergebnis wird herbeigeführt durch das Zusammenspiel der §§ 817 Satz 2 und 138 Absatz I BGB in der Auslegung des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre. Es bedeutet Verbleiben bei der gerade bestehenden Rechtslage.

2. Es fragt sich, welches der Grund für diese Regelung ist.

Sicherlich ist es nicht der Gedanke, daß bei einem Austauschgeschäft durch die beiderseitigen Leistungen ein Ausgleich geschaffen wurde, so daß für die Rechtsordnung kein Anlaß bestehe, noch berichtigend einzugreifen. Denn, wie soeben gezeigt wurde, besteht sehr häufig kein solches Gleichgewicht der Leistungen.

Eine weitere Begründungsmöglichkeit ergibt sich, wenn man in § 817 Satz 2 BGB eine Strafsanktion sieht. Auch diese Begründung ist abzulehnen³⁶⁾, weil es ein reines Zufallsergebnis ist, ob der eine oder der andere Vertragspartner den Nachteil trägt, und in der Regel der Nachteil des einen Beteiligten den Vorteil des anderen, ebenso sittenwidrig handelnden bedingt. Es wird unten in anderem Zusammenhang noch Gelegenheit sein, auf diese Straftheorie näher einzugehen.

Eine dritte Meinung will die Regelung so erklären: Es könne den Gerichten nicht zugemutet werden und liege unter ihrer Würde, sich mit dem Schmutz der sittenwidrigen Geschäfte zu befassen. Dagegen ist mit Recht vorgebracht wor-

35) Siber: unbillig bei unvollständiger Erfüllung, "atomistische Anwendung" des 817,2 Schuldrecht S.432.

36) so Heck AcP 124 S.132; Brandt, Eigentümerwerb und Austauschgeschäft, 1940, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 120, S.129; v.Jaemmerer, Preisverstoß, und 817 S.2 BGB SJZ 50 S.646; Hammes JR 1950 S.12; Esser, Schuldrecht, § 308,3 u.a.

den³⁷⁾, daß es dem Richter unter straf- und steuerrechtlichen Gesichtspunkten doch nicht erspart bleibe, sich eingehend mit diesen Tatbeständen zu befassen, daß vor allem aber auch, wie jede der in Frage kommenden Entscheidungen zeige, am Ende doch auch bei der derzeitigen Lösung ein Eingehen auf die verpönten Vereinbarungen erforderlich sei; denn der Richter könne die Untersuchungen erst abbrechen, wenn er sich bereits des längeren damit befaßt habe.

Richtig erscheint mir dagegen folgende Deutung: Beide Parteien verstoßen durch Abschluß des sittenwidrigen Vertrages gegen den erklärten Willen des Gesetzes. Sie verdienen somit nicht, daß sich die Rechtsordnung um die Durchsetzung und Abwicklung dieser von ihr abgelehnten Verträge bemüht. Den Anspruch auf Schutz und Hilfe des Gesetzes haben sie durch ihr gesetzwidriges Verhalten verwirkt³⁸⁾. Wie Brandt nachweist, findet sich diese gesunde³⁹⁾ Rechtsauffassung schon im Römischen Rechtssystem⁴⁰⁾.

Daraus ergibt sich für das vorliegende Problem folgendes: Das Gesetz bekundet den Kausalinteressen gegenüber eine fast rücksichtslose Gleichgültigkeit. Es folgt dabei durchaus aner kennenswerten Gründen. Somit kann diesen Interessen auch für die Frage der Gültigkeit oder Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Tritt durch die eine oder andere Lösung ein Nachteil für eine Vertragspartei ein, so ist das eben die Folge der vom Gesetzgeber gewollten - und zwar mit Recht gewollten - Rechtsschutzversagung des § 817 Satz 2 BGB.

3. Diese Feststellung findet eine besondere Bekräftigung in der teilweise vertretenen Ansicht, daß der § 817 Satz 2 BGB auch gegenüber dinglichen Ansprüchen in erweiternder

37) Rumpf AcP 117 S.334; v.Caemmerer, Preisverstoß und § 817 Satz 2 BGB, SJZ 1950 S.646.

38) so Mathiessen DJZ 1907 S.535; Heck AcP 124 S.33 "Schuldkompensation ... in Verbindung mit dem allgemeinen Besitzervorzug"; Hammes JR 1950 S.11,12; v.Caemmerer SJZ 50 S.646.

39) a.A. Leske in DR 1938 S.241: "Vogel-Strass-Politik".

40) für das Römische Recht Nachweis bei Brandt S.128.

Auslegung anzuwenden sei. So hat beispielsweise das LG Tübingen in folgendem Fall entschieden: LG Tübingen in DRZ 50 S.567: Der Kläger hat dem Beklagten auf Grund eines durch Kriegswirtschaftsverordnung verbotenen Tauschgeschäfts Holz geliefert. Er beruft sich auf die Verbotswidrigkeit des Geschäfts und verlangt das Holz als sein Eigentum zurück. Das Landgericht hält das Grundgeschäft für nichtig gemäß § 134 BGB. Diese Nichtigkeit ergreife hier auch das Erfüllungsgeschäft, so daß das Eigentum beim Kläger verblieben sei. Dessen Herausgabeanspruch steht aber § 817 Satz 2 BGB entgegen. Diese Norm gelte zwar an sich nur bei Bereicherungsvorschriften, müsse aber im vorliegenden Fall ausnahmsweise auch gegenüber dinglichen Herausgabeansprüchen durchgreifen. Denn der Kläger dürfe im Falle der Nichtigkeit auch der Erfüllungsgeschäfte, die regelmäßig einen schwerwiegenderen Sittenverstoß voraussetze, nicht besser gestellt werden als bei bloßer Nichtigkeit des Grundgeschäftes⁴¹⁾.

Diese Entscheidung kommt also zu dem Ergebnis, daß selbst dort, wo auch das Verfügungsgeschäft ausnahmsweise nichtig ist - wie vorliegend bei einem verbotswidrigen Geschäft - der benachteiligte Vertragspartner nicht in der Lage sein soll, seine Interessen wahrnehmen zu können, daß vielmehr auch in diesen Fällen die Belange des Vertragspartners keine Beachtung verdienen. Die Meinung, daß § 817 Satz 2 BGB unter den geschilderten Voraussetzungen auch gegenüber dinglichen Ansprüchen anzuwenden sei, geht also ebenfalls von der mangelnden Schutzwürdigkeit der Partnerinteressen aus.

41) Wie hier LG Göttingen in Nds.Rechtspfl.48 S.130; Heck AcP 124 S.6 Anm.15; Palandt-Hoche Einl. vor § 854 Anm.5 a cc 1. Gegensatz zu Palandt-Gramm § 817 Anm.3 f; Brandt Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, S.128; v.Caemmerer SJZ 1950 S.646; - a.A.: BGH in NJW 51 S.643; OGHZ in DNotarZ.51 S.85, sowie in NJW 50 S.691; Ludwig Becker in NJW 52 S.53 mit weiteren Nachweisen; vgl.auch Gustav Boehmer, Grundlagen der ERO. 52 ff.; ferner OLG Celle I (144) 14c und LG Oldenburg I (113) 28c; Raiser in JZ 51 S.716(718); Anm.z.Urteil des BGH vom 14.6.1951.

4. Es bleibt jedoch noch zu prüfen, welche Bedeutung den Fällen zukommt, in denen die Rechtsprechung den Kausalinteressen der Beteiligten ausnahmsweise Beachtung geschenkt hat. Das ist zwar - wie schon in der Übersicht über das Entscheidungsmaterial gezeigt wurde - meistens eine Frage der Anwendbarkeit und Tragweite des § 817 Satz 2 BGB und nicht des § 138 I BGB. Trotzdem kann die mit diesem Problem befaßte Rechtsprechung hier nicht außer acht gelassen werden. Denn vorliegend ist lediglich von Bedeutung, wann das Reichsgericht das Interesse eines der Beteiligten als so schutzwürdig ansieht, daß es - auf welche Weise auch immer - in seinem Sinne entschieden hat. Ob das geschehen ist, indem das Erfüllungsgeschäft für nichtig erklärt und dem Anspruch aus dem Eigentum stattgegeben worden ist oder indem das Gericht den § 817 Satz 2 BGB für nicht anwendbar erklärt hat, ist für eine interessengemäße Betrachtung, die auf das praktische Ergebnis abstellt, zunächst ohne größere Bedeutung. Nur die soeben erwähnte, noch nicht herrschende Ansicht des LG Tübingen würde es gestatten, beide Fälle zu trennen.

Da aber andererseits im Verhältnis zum Gesamtproblem der Arbeit diesen Durchbrechungen des in § 817 Satz 2 BGB ausgesprochenen Rückforderungsausschlusses nur geringe Bedeutung zukommt, sollen diese nur in ihren Grundzügen untersucht werden.

a) Eine erste Durchbrechung erfolgt mit den Entscheidungen, die sich auf eine Leistung zu nur vorübergehendem Zweck beziehen. Ein Beispiel bildet der Fall in RGZ 67 S.326 III 262 S.07. Dort hatte die Beklagte, die auf Grund gewerbe-rechtlicher Vorschriften eine bestimmte Tätigkeit nicht selbst ausüben konnte, den Kläger zur Ausübung des Gewerbes vorgeschoben, während sie selbst der wirkliche Unternehmer blieb. Um sich für ihre Forderungen aus diesem Verhältnis zu sichern, hatte der Kläger der Beklagten eine Kautionssumme übereignet. Nach Aufhebung dieses Strohmann-verhältnisses, das das Reichsgericht der damaligen Rechtsauffassung entsprechend als sittenwidrig ansieht, verwei-

gerte die Beklagte die Rückübertragung der Kaution unter Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 138 I und 817 Satz 2 BGB. Sie wird jedoch vom Reichsgericht dazu verurteilt, soweit die Sicherungssumme nicht zur Befriedigung wegen bestehender Forderungen zu verwenden war. Zur Begründung führt das Gericht aus: Der Rückforderung von Gegenständen, die auf Grund eines unsittlichen Vertrages übereignet worden seien, stehe der § 817 Satz 2 BGB nur dann entgegen, wenn es sich um eine als endgültig gedachte Leistung gehandelt habe. Werde ein Gegenstand jedoch nur zu vorübergehendem Zweck übereignet, so sei die Rückforderung trotz § 817 Satz 2 BGB zulässig.

Im gleichen Sinne hat das Reichsgericht auch in dem Fall in Gruchot 58 S.895 entschieden. Dort hatte der Kläger eine Molkerei übertragen, um sie seinen Gläubigern zu entziehen. Die Beklagte verweigerte später die Herausgabe. Das Reichsgericht versagt der Beklagten hier ebenfalls eine Berufung auf § 817 Satz 2 BGB. Die Molkerei - so führt es aus - sei nicht schlechthin übereignet worden; vielmehr sei sie auf Grund einer Auflassung, verbunden mit der Verpflichtung zur Rückauflassung, übertragen worden. Ein solcher fiduziärscher Übereignungsvertrag sei aber keine endgültige Leistung, wie sie der § 817 Satz 2 BGB zur Voraussetzung habe.

In einer weiteren Entscheidung in JW 1912 S.862 II 234 S.12 haben die Parteien einen Vertrag über den Verkauf eines Grundstücksteils geschlossen, der für den Bau eines Bordells Verwendung finden soll. Um die Beschaffung des Baugeländes zu beschleunigen, hat der Kläger das gesamte Grundstück an den Beklagten übereignet und vereinbart, daß dieser den Restteil nach erfolgter kataster- und grundbuchmäßiger Trennung zurückübereignen solle. Der Käufer hat jedoch das gesamte Grundstück an einen Dritten weiterveräußert.

Der Kläger hat mit seiner Klage auf Rückbeschaffung des Restteils Erfolg. Das Reichsgericht gibt seinem Kondiktionsanspruch trotz § 817 Satz 2 BGB statt. "Wollte man", so führt das Reichsgericht aus, "dem Beklagten das Recht zugestehen, die Rückgabe dauernd zu verweigern, so würde er in Wahrheit nicht nur das behalten, was er durch unsittliche Geschäfte

erlangt hat, sondern einen weiteren in der Leistung des Klägers nicht begründeten Vermögensteil hinzuerwerben."

Hier liegt also eine echte Ausnahme von dem Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Kausalinteressen bei sittenwidrigen Geschäften vor. Das Reichsgericht will das Rückforderungsverbot auf die Fälle beschränken, in denen die Leistung aus dem unsittlichen Vertrag selbst zurückverlangt wird. Bei Leistungen, die darüberhinaus anläßlich dieses Vertrages zu nur vorübergehendem Zwecke erfolgt sind, soll dagegen dem Rückforderungsinteresse des Leistenden voll Rechnung getragen werden.

Zum Schutze dieser Interessen reicht aber die Gewährung des obligatorischen Rückforderungsanspruchs aus, zumal selbst bei Gültigkeit des Vertrages dem Leistenden ein dinglicher Rechtsbehelf nicht zur Seite gestanden hätte. Es besteht kein Anlaß, ihn im Falle der Nichtigkeit des Vertrages besser zu stellen.

Aus diesem Grunde kann die vorstehend behandelte Ausnahme für die Frage des Schicksals des dinglichen Rechtsübergangs außer Betracht bleiben.

b) Einen anderen Sonderfall bildet der Wuchertatbestand. Es wird heute fast ausnahmslos angenommen, daß unter den Voraussetzungen des Wuchers auch das Leistungsgeschäft nichtig sei. Der Bewucherte kann hiernach eine Leistung, die er an den Wucherer erbracht hat, von diesem zurückfordern. Er kann eine bewegliche Sache nach § 985 BGB, eine Grundbuchposition gemäß § 894 BGB herausverlangen.

Hier findet also der Anspruch eines Vertragspartners, nämlich des Bewucherten, volle Anerkennung. Soweit das Verhältnis der Vertragsparteien untereinander in Frage steht, erscheint das deswegen berechtigt, weil kein beiderseitig sittenwidriges Geschäft vorliegt. Der Bewucherte nimmt zwar an der sittenwidrigen Vereinbarung teil, ihm kann jedoch nicht der Vorwurf gemacht werden, seinerseits sittenwidrig gehandelt zu haben, da er das Opfer des Sittenverstoßes ist.

Dem trägt aber schon der § 817 BGB Rechnung. Der Rückforderungsausschluß trifft nur den, der selbst gegen die guten Sitten verstoßen hat. Der Bewucherte könnte also das Geleistete ungehindert nach Konditionsrecht zurückfordern. Ihm ständen sogar die sich aus den §§ 818 IV, 819 BGB ergebenden verschärften Ansprüche zu. Im Kausalverhältnis wäre er also über § 292 BGB wie ein Eigentümer geschützt. Wenn ihm darüberhinaus noch die dingliche Rechtsstellung zuerkannt wird, so muß das seinen Grund in dem Schutz des Bewucherten gegenüber Dritten haben: Das Interesse des Bewucherten wird so hoch bewertet, daß es sich nicht nur dem Vertragspartner, sondern auch Dritten gegenüber durchsetzen soll, sofern für diese nicht besondere Schutzgründe - wie der des redlichen Erwerbs - sprechen.

Hier bleibt lediglich festzuhalten: Im Falle des Wuchers ist auf Seiten des Bewucherten das Kausalinteresse schutzwürdig. Zu seiner Berücksichtigung reichen aber die in diesem Falle nicht durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossenen Bereicherungs Vorschriften aus.

c) Aber auch auf Seiten des Wucherers hat das Reichsgericht einen schutzwürdigen Anspruch anerkannt.

Mit Beschluß vom 30. Juni 1939 hat der große Zivilsenat erkannt, daß bei einem wegen Wuchers nichtigen Darlehen die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB die Rückforderung der Darlehenssumme nicht schlechthin verneine. Der Wucherer könne die Darlehenssumme jedoch nicht früher zurückfordern, als er das bei Gültigkeit des Vertrages habe tun können (RGZ 161 S. 53 ff.).

Man könne das zwar nicht, so führt der Senat aus, damit begründen, daß die Leistung der Darlehenssumme selbst nicht sittenwidrig sei, der sittliche Vorwurf vielmehr nur die Vereinbarung und Annahme übermäßiger Vorteile treffe⁴²⁾. Denn der Zweck der Darlehensgewährung sei es, den Wucherer in den Genuß dieser Vorteile zu bringen. Damit sei die Voraussetzung des § 817 Satz 2 BGB erfüllt⁴³⁾.

42) wie es RGK 9te Aufl., Band 1 S. 301 und andere tun; dagegen schon RGZ 151 S. 70.

43) a.A. Heck in AcP 124 S. 4: im Falle einseitiger Verwerflichkeit "Sondergebiet des § 812 BGB". Kommt aber auf diesem Wege zu gleichem Ergebnis: Rückforderungsrecht des Wucherers trotz § 817 Satz 2 BGB.

Jedoch müsse richtig erkannt werden, was sich als Leistung im Sinne des § 817 Satz 2 BGB darstelle. Das sei beim Wucher nicht die Übereignung des Geldes schlechthin, sondern nur die Gewährung und Überlassung desselben zu "zeitlich begrenzter Nutzung des darin steckenden Wertes". Die Eigentumsüberlassung sei nur das "rechtstechnische Mittel", mit dem dieses Ziel erreicht werde. Nur diese Nutzungsgewährung könne nach § 817 Satz 2 BGB nicht zurückgefordert werden. Nach Ablauf der vorgesehenen Zeit sei das Kapital selbst jedoch rückforderbar.

Die Entscheidung ist eine Erweiterung der oben unter a) dargestellten Rechtsprechung, daß nur bezüglich der Gegenstände die Rückforderung ausgeschlossen sein solle, die endgültig in das Eigentum des Empfängers überzugehen bestimmt seien. Hier wird dieses Prinzip auf die Fälle ausgedehnt, in denen zwar nicht substanzmäßig, aber doch wirtschaftlich die Rückgewähr von vorneherein vorgesehen ist und die Leistung nur unter dieser Voraussetzung erfolgt.

In Abschwächung der durch § 817 Satz 2 BGB vorgeschriebenen Rechtsschutzverweigerung wird hier also ein gewisses Rückforderungsinteresse des Wucherers anerkannt. Ihm kann aber wiederum nur durch Gewährung eines Bereicherungsanspruchs Rechnung getragen werden. Denn selbst bei Gültigkeit des Darlehensvertrages würde nur ein obligatorischer Anspruch gegeben sein. Es besteht kein Anlaß, den Kreditgeber im Falle des wucherischen Verhaltens besser zu stellen. Im Gegenteil: Ein dinglicher Anspruch würde sogar den wünschenswerten Erfolg vereiteln, um den es dem Reichsgericht in obiger Entscheidung zu tun ist. Er würde dem Wucherer die Möglichkeit geben, die Valuta vorzeitig zurückzufordern, entweder von dem Bewucherten, der die Valuta noch nicht verbraucht hat, oder von den dritten Geldempfängern, falls diese bösgläubig wären, das heißt hier: den wucherischen Charakter des Kreditgeschäftes kennen würden.

Dieser Fall spricht also sehr eindringlich gegen die Wichtigkeit auch der Erfüllungsgeschäfte.

Die vorliegende Ausnahme kann also ebenfalls eine Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte nicht rechtfertigen. Daher kommt ihr auch für das Gesamtproblem der Arbeit keine Bedeutung zu.

d) Eine weitere Durchbrechung erfährt der Grundsatz, daß die Interessen der Vertragsbeteiligten in ihrem Verhältnis zueinander unbeachtlich seien, in der Entscheidung in RGZ 145 S.152 ff. Dort hatte - wie schon in der Übersicht kurz geschildert - ein Ehemann auf Grund eines zum Zwecke der Scheidungserleichterung geschlossenen Unterhalts- und Auseinandersetzungsvertrages ein ihm gehöriges Bäckereianwesen auf seine Ehefrau übertragen. Da dieses einen höheren Wert hatte, als der Ehefrau vereinbarungsgemäß zufließen sollte, hatte er sich an dem Grundstück eine Hypothek bestellen lassen. Die Ehefrau verlangt nunmehr klageweise die Einwilligung in die Umschreibung dieses Grundpfandrechts auf ihren Namen. Sie ist der Ansicht, die gesamte Vereinbarung sei, da scheidungserleichternd, sittenwidrig⁴⁴⁾. Das berühre zwar das Grundpfandrecht selbst in seinem Bestande nicht, wohl aber die ihm zugrundeliegende Forderung. Diese sei nach § 138 I BGB nichtig. Es sei somit eine ihr zustehende Eigentümergrundschuld entstanden. Daher habe der Ehemann in die Umschreibung des Rechts auf ihren Namen einzuwilligen.

Die Vorinstanzen haben diesen Anspruch wegen arglistiger Berufung der Klägerin auf die eigene Unsittlichkeit abgewiesen. Das Reichsgericht hat diesbezüglich Bedenken, denen es aber nicht weiter nachgeht. Es kommt vielmehr ebenfalls zur Klageabweisung, die es wie folgt begründet:

"Allerdings ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Grundsatz aufgestellt worden, daß im allgemeinen die Unsittlichkeit des Veräußerungsgeschäftes die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes wegen dessen abstrakter Natur nicht zur Folge habe. Von diesem Grundsatz sind aber Ausnahmen anerkannt worden, und zwar unter anderem für den Fall,

44) Über die Bewertung von scheidungserleichternden Unterhaltsvereinbarungen nach heutiger Rechtsansicht siehe: RGZ 154 S.157; § 80 Ehegesetz.

daß gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang unsittliche Zwecke verfolgt werden oder daß in ihm die Unsittlichkeit begründet liegt (RG I 178 - 29 ⁴⁵⁾, Warn.31 Nr.100, HRR 1931 Nr.469): Ein solcher Ausnahmefall ist hier gegeben. Der festgestellte Sachverhalt ergibt einwandfrei, daß die Klägerin nicht durch die bloße schuldrechtliche Verpflichtung zur Übereignung des Grundstückes, deren Erfüllung er nach erfolgter Scheidung unter Hinweis auf § 138 I BGB hätte verweigern können, sondern nur dadurch zur Erhebung der Scheidungsklage bestimmt werden sollte und bestimmt worden ist, daß der Beklagte gleichzeitig die Übereignung selbst vornahm Es liegt mithin so, daß gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang der unsittliche Zweck verfolgt wurde, die Klägerin zur Erhebung der Scheidungsklage zu bestimmen. Sie hat sich durch die Übereignung des Grundstückes ihren Entschluß abkaufen lassen. Die Auflassung ist daher nichtig." Die Klägerin könne somit, so fährt das Reichsgericht fort, auch keine Eigentümergrundschild erworben haben und es brauche nicht weiter erörtert zu werden, ob mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Auflassung eine dingliche Belastung des Grundstückes überhaupt entstanden sei.

Das Reichsgericht kommt also zu dem Ergebnis, daß die Übereignung des Grundstückes hier ausnahmsweise nichtig sei, da sich die Ehefrau nur durch den Übereignungsakt zu der unlauteren Handlung habe bewegen lassen. Die schuldrechtliche Abrede allein habe den sittenwidrigen Erfolg nicht herbeiführen können, da sie nichtig und daher nicht durchsetzbar sei.

Liegt aber darin, daß mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes der Vertragspartner auf Vorleistung bestanden hat, eine Besonderheit gerade dieses Falles? Nicht nur die Parteien der vorliegenden Entscheidung haben erkannt, daß der in einem sittenwidrigen Vertrage vereinbarte schuldrechtliche Anspruch nicht durchgesetzt werden kann und daher Sicherheit nur bei einer Vor-

45) abgedruckt in HRR 30 Nr.595 = SA 84 Nr.55 = DRiZ 30 S.184 = JW 1930 S.907.

leistung des Partners besteht. Jede Dirne besteht im allgemeinen auf vorheriger Bezahlung und die Rechtsprechung ist nach wie vor der Ansicht, daß das an sie bezahlte Geld ihr Eigentum werde⁴⁶⁾. Auch in den sonstigen Fällen, in denen die Ehefrau sich ihren Entschluß, in das Getrenntleben oder die Scheidung einzuwilligen, "abkaufen" läßt, wird die Vorleistung des Ehemanns die Regel bilden, so auch in den beiden der vorliegenden Entscheidung ähnlichen Fällen, die das Reichsgericht entschieden hat:

In JW 1920 S.2405 hatte der Ehemann an die Ehefrau eine vereinbarte einmalige Barleistung von 50.000.-- DM erbracht, bevor die dauernde Trennung durchgeführt wurde. Trotzdem wurde sein Rückforderungsanspruch abgewiesen.

Das gleiche trifft für den Fall in JW 1931 S.1342 zu. Dort hatte ein Ehemann den lebenslänglichen Nießbrauch an einem Grundstück und den Zinsgenuß an vier Hypotheken zum Zwecke der Scheidungserleichterung an seine Ehefrau übertragen, bevor die Scheidung durchgeführt wurde. Auch hier hat das Reichsgericht aus der Vorleistung nicht den Schluß gezogen, daß auch das Leistungsgeschäft nichtig sei, sondern die Klage des Ehemanns auf Rückzahlung abgewiesen.

Ein innerer Grund, das Verfügungsgeschäft als ungültig anzusehen, wenn der Vertragspartner auf Vorleistung bestanden hat, wäre dann gegeben, wenn dadurch ein mittelbarer Leistungszwang begründet würde. Das ist aber nicht der Fall. Auch nach erbrachter Vorleistung ist die noch ausstehende anstößige Handlung oder Leistung nicht erzwingbar.

Nach wie vor kann die Partei ihren Beitrag zu dem sittenwidrigen Geschäft ohne Rechtsnachteil, also ohne das Geleistete zurückgeben zu müssen, verweigern. Dafür gibt der Fall in JW 1931 S.1342 gerade ein Beispiel, da dort die Ehefrau nach Erhalt der Abfindungsleistung die bereits erhobene Scheidungsklage abredewidrig zurückgezogen hatte. Trotzdem hatte das Reichsgericht - wie oben schon ausge-

46) BGH in NJW 1954 S.1292.

führt - dem Ehemann die Rückforderung des Geleisteten wegen § 817 Satz 2 BGB versagt. Somit fehlt es an einer Rechtfertigung, das dingliche Schicksal des Geleisteten davon abhängig zu machen, ob ein Vertragsteil seinen Beitrag zur Vertragserfüllung dem Wort seines Partners vertrauend vorleistete oder ob er mißtrauisch- oder rechtskundiger - zunächst die vollständige Gegenleistung verlangte. Ich glaube doch wohl, daß man mit der Entscheidung des BGH in NJW 1954 S.1292 die Vorleistungspflicht als eine Frage des Grundgeschäfts ansehen muß, die auf die Gültigkeit oder Nichtigkeit des dinglichen Rechtserwerbs an dem vorgeleisteten Gegenstand ohne Einfluß ist.

Die vom Reichsgericht gegebene Begründung überzeugt also nicht.

Ebensowenig stützen die zitierten Vorentscheidungen das Erkenntnis. Zwar wird in diesen Entscheidungen ausgesprochen, daß das abstrakte Erfüllungsgeschäft dann von der Nichtigkeit des Grundgeschäftes ergriffen werde, wenn das sittenwidrige Verhalten gerade in dem Erfüllungsgeschäft zum Ausdruck komme. Keine der Entscheidungen beruht aber auf diesem Leitsatz. Bei der Entscheidung in Warn.Rspr.1931 Nr.100 handelt es sich um folgenden Fall: Ein Brauereibesitzer hat dem Gläubiger seines Schwagers eine Grundschild bestellt, damit dieser seine Zustimmung zu einem Zwangsvergleich gebe. Das Reichsgericht entscheidet über die Frage, ob in diesem Falle auch das Verfügungsgeschäft nach § 134 BGB in Verb.mit § 34 Abs.2 Geschäftsaufsichtsverordnung nichtig sei. Im Rahmen der Prüfung, wann ein verbotenes Geschäft nichtig sei⁴⁷⁾, macht das Reichsgericht beiläufig auch Ausführungen über die Nichtigkeit von Erfüllungsgeschäften bei sittenwidrigem Grundgeschäft. Es handelt sich also lediglich um ein obiter dictum.

Auch in der - ohne Tatbestand veröffentlichten - Entscheidung in HRR 1933 Nr.469 zählt das Reichsgericht die Ausnahmefälle auf, in denen der Sittenverstoß mit seiner

47) siehe Einleitung S.9 ff.

Nichtigkeitsfolge auch das Verfügungsgeschäft ergreife und erwähnt in diesem Zusammenhang auch den Fall, daß gerade mit dem dinglichen Rechtsakt unsittliche Zwecke verfolgt würden. In dem Fall, den das Reichsgericht zu entscheiden hat, sieht es einen dieser Ausnahmefälle jedoch nicht als gegeben an. Somit enthält auch diese Entscheidung zu dem vorliegenden Problem nur ein obiter dictum.

In der Entscheidung in Seuff.Archiv 84 Nr.55 S.97 (= DRIZ 30 S.184 = HRR 1930 Nr.595 = JW 1930 S.907) hat das Reichsgericht folgenden Fall entschieden: Die Klägerin ist Zessionarin eines Anspruchs einer Bank gegen die Beklagten. Im Prozeß gegen die Beklagten wenden diese ein, die Zession sei nichtig: Einmal handele es sich um die Veräußerung des Gesamtvermögens einer Aktiengesellschaft, so daß die Nichtigkeit sich aus den §§ 303 HGB, 134 BGB ergebe. Sodann sei die Abtretung sittenwidrig. Denn der Aufsichtsratsvorsitzende der Bank habe sich selbst und der Klägerin in treuwidriger Weise sämtliche Vermögenswerte der Bank zugeeignet.

Das Reichsgericht führt bei der Prüfung, ob sich aus der Sittenwidrigkeit die Nichtigkeit der Zession ergebe, aus, daß in bestimmten Fällen die Nichtigkeitsfolge sich auch auf die Verfügungsgeschäfte erstrecke. Ob einer dieser Fälle gegeben sei, läßt das Reichsgericht jedoch dahingestellt, da nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts bei richtiger Rechtsanwendung die Zession nach den §§ 303 HGB, 134 BGB nichtig sei und somit die Klage schon aus diesem Grunde abgewiesen werden müsse.

Auch hier handelt es sich somit nur um eine vom Reichsgericht beiläufig geäußerte Rechtsansicht.

Können somit weder die gegebene Begründung noch die zitierten Vorentscheidungen das reichsgerichtliche Erkenntnis tragen, so fragt es sich, ob andere Gründe die Entscheidung rechtfertigen können. Unverkennbar befriedigt das Ergebnis, daß die Ehefrau mit ihrer Klage abgewiesen wird, mit der sie sich abredewidrig von der Hypothek lösen will, um sich das ganze Grundstück lastenfrei zuzueignen. Zu diesem verwirklichten Zweck wollte sie die staatliche Rechtshilfe miß-

brauchen. Dem ist das Reichsgericht durch Klageabweisung entgegengetreten. Das ist der Kern der Entscheidung, und dieser Kern ist richtig. Es entspricht durchaus dem Sinn der §§ 138 Abs.1 und 817 Satz 2 BGB, die staatlichen Rechtsschutzorgane davor zu bewahren, Handlangerdienste für die Erreichung verpönter Ziele zu leisten⁴⁸⁾. Insoweit ist die Klageabweisung billig. Wird sie aber damit begründet, daß die der Klage vorausgegangene Grundstücksübereignung nichtig sei, so treten die abzulehnenden Folgen nunmehr zu Gunsten des beklagten Ehemannes ein. Dieser kann nun seinerseits in einem Nachprozeß die volle von ihm erbrachte Leistung herausverlangen, und man kann sich ob dieses Ergebnisses nur mit der rein gefühlsmäßigen Erwägung trösten, daß die Ehefrau sich diese Folge durch ihre klagieriger Klageerhebung selbst zuzuschreiben habe. Rechtlich kann dieses Ergebnis jedoch nur schwer gerechtfertigt werden.

Die erwünschte Entscheidung - Abweisung der Klage der Ehefrau - müßte sich m.E. aber auch treffen lassen, ohne daß gleichzeitig dem anderen Vertragsteil ein durch nichts vertretbarer Vermögensvorteil zugeschoben würde. Hier scheint mir folgender Weg gangbar zu sein:

Es wurde oben festgestellt, daß die Rechtsprechung die Kausalinteressen auch bei beiderseitigen Sittenverstoß für schutzwürdig hält, wenn ein Vertragsteil eine Leistung erbracht hat, die nur zu vorübergehenden Zwecken in das Eigentum des Empfängers übergehen soll. Ein solcher Gegenstand soll trotz § 817 Satz 2 BGB von dem Leistenden zurückgefordert werden können. Es wurde ferner festgestellt, daß nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auch ein Wucherdarlehen unter gewissen Umständen und Einschränkungen zurückgefordert werden kann.

Zu beiden Entscheidungsgruppen läßt sich der vorliegende Fall in Beziehung setzen. Auch hier ist zwar das Eigentum an dem Leistungsgegenstand übertragen worden, doch nur zum Teil als wirkliche, für die Dauer bestimmte Leistung. Nur ein Teil des übereigneten Grundstücks soll wertmäßig bei der Ehefrau verbleiben. Der Rest soll an den Leistenden,

48) Ludwig Mitteis, Leipz. Festschrift für Wach, S. 26.

den Ehemann, zurückgegeben werden.

Insofern liegt der Fall ähnlich wie in der oben⁴⁹⁾ erwähnten Entscheidung in JW 1912 S.862. Dort sollte, wie erinnerlich, ein Grundstücksteil zum Bau eines Bordells veräußert werden. Um eine schnelle Bebauung zu ermöglichen, wurde das Gesamtgrundstück aufgelassen und vereinbart, den nicht verkauften Teil nach erfolgter Parzellierung an den Verkäufer rückaufzulassen. In diesem wie in dem "Bäckereianwesen-Fall" will man also die Teilung in den Teil, der dem Empfänger für dauernd verbleiben soll, und in den Teil, der in das Vermögen des Leistenden zurückzufließen bestimmt ist, nicht abwarten, einmal um den Bordellbau nicht aufzuschieben, im zweiten Falle, um die Erhebung der Scheidungsklage nicht zu verzögern oder weil eine Teilung in natura nicht möglich ist. In JW 1912 S.862 war das Reichsgericht zu folgender Entscheidung gekommen: Der Leistende soll den Restteil des Grundstücks nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern können, ohne daß dem § 817 Satz 2 BGB im Wege stehe. Entsprechend sollte auch hier verfahren werden.

Zwar besteht ein Unterschied zwischen den im Vergleich gesetzten Fällen: Im "Bäckereianwesen-Fall" handelt es sich um eine nur wertmäßige und nicht auch um eine reelle Teilung. Das sollte jedoch keinen Unterschied mehr machen, seit das Reichsgericht das Wucherdarlehen als rückforderbar anerkannt hat. Denn auch bei einem Wucherdarlehen handelt es sich um die Rückgabe des gleichen Vermögenswertes und nicht auch der gleichen Vermögenssubstanz, und dennoch hat das Reichsgericht die Rückforderung trotz § 817 Satz 2 BGB anerkannt. Es hat geprüft, was nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise den Leistungsgegenstand im Sinne des § 817 BGB darstellt. Eine solche Betrachtungsweise würde aber in der vorliegenden Entscheidung ebenfalls zu dem Schluß führen, daß es sich bei der Übertragung des gesamten Bäckereianwesens zum Teil nur um eine zeitweilige Kapitalüberlassung handelt.

49) siehe oben S.26.

Das unterscheidet nämlich den vorliegenden Fall von den Bordellhypotheks-Tatbeständen. Mit der Amortisation einer Bordellhypotheksforderung wird die Gegenleistung für die Überlassung eines Bordells erbracht, und zwar gerade die mit Rücksicht auf die Art des Kaufgegenstandes überhöhte Gegenforderung. Das heißt also: Ein wesentlicher Teil dessen, was den Vertrag überhaupt erst sittlich anstößig macht, wird mit der Abzahlung dieses Kaufpreises verwirklicht⁵⁰⁾: Ganz anders hier. Die Rückforderung des überschießenden Betrages ist nicht Leistung oder Gegenleistung des sittenwidrigen Vertrages. Der sittliche Vorwurf richtet sich gegen den Austausch der zur Sicherung der Klägerin bestimmten Vermögenswerte und deren Einwilligung in die Scheidung. Dieses Geschäft ist aber verwirklicht. Die Rückgabe des Zuviels der Gegenleistung ist reiner Abwicklungsakt. - Wenn der Bordellkäufer die Restkaufgeldschuld abträgt, erfüllt er damit den Hauptanspruch des unsittlichen Vertrages. Er bezahlt eine Geldsumme, die nur deshalb so hoch festgesetzt wurde, weil sein Vertragspartner nicht nur das Grundstück, sondern mit diesem auch das sittenwidrige Gewerbe gekauft hat, und er wird die Summe bezahlen mit den Einkünften dieses anstößigen Gewerbes. Dagegen verlangt der Ehemann des "Bäckereifalles" gleichsam nur sein "Wechselgeld" heraus, macht also einen Nebenanspruch geltend, der dadurch entstand, daß er mit einem zu großen Wertobjekt "bezahlte", das nicht reell teilbar war.

Somit muß also hier der Ehemann das zuviel Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung trotz § 817 Satz 2 BGB zurückfordern können. Damit ist seinem berechtigten Interesse ausreichend Genüge getan.

Zwar kann er dem klägerischen Anspruch auf Umschreibung der Hypothek nicht entgegentreten⁵¹⁾. Denn auch bei

50) dazu: Siber, Schuldrecht, S.431 mit Hinweis auf Bemerkung in RGZ 68 S.104.

51) Es sei denn, man folge der Ansicht, daß diese Übereignungen auf Zeit überhaupt nicht sittenwidrig seien. Hiergegen überzeugend schon RGZ 161 S.53 ff. (Großer Zivilsenat). Die Theorie wurde wieder aufgegriffen vom LG Göttingen in MDR 51 S.161, dort kritisiert von v.Caommerer.

dieser Lösung ist die Forderung als Teil der Gesamtvereinbarung nichtig und kann folglich nicht durch eine Hypothek gesichert werden. Die Klage der Ehefrau ist also begründet. Dem Ehemann ist es aber unbenommen, im gleichen Verfahren seinen Bereicherungsanspruch geltend zu machen.

Der Ehemann erleidet nunmehr allerdings einen Nachteil im Vergleich zu der vor der Scheidung vereinbarten Regelung. Er ist für seine Forderung nicht mehr dinglich gesichert und trägt die Kostenlast dieses Rechtsstreits. War die der Hypothek zugrundeliegende Forderung noch nicht fällig, so muß er außerdem mit seiner Klage noch zuwarten, da er andernfalls die zeitweilige Kapitalüberlassung selbst kondizieren würde, was § 817 Satz 2 BGB widerspräche⁵²⁾. Von diesem Fall einmal abgesehen, würde der Wegfall der dinglichen Sicherung nicht so sehr ins Gewicht fallen, weil dem Ehemann die Eigentümergrundschild selbst als Vollstreckungsgegenstand zur Verfügung stehen wird. Da die Ehefrau über diese bis zur Rechtskraft des Urteils mangels Brief- oder Buchlegitimation nicht endgültig verfügen konnte, wird das Grundpfandrecht regelmäßig noch dem Zugriff des Ehemannes unterliegen⁵³⁾. Die dennoch verbleibende Schlechterstellung des Ehemannes kann aber als Folge der Tatsache, daß dieser für seine Sicherung ein forderungsabhängiges Rechtsinstitut gewählt hat, hingenommen werden. Sie ist unbedeutend im Vergleich zu der Schlechterstellung, die das Reichsgericht der anderen Vertragsseite zumutet.

Diese Lösung wird also dem "Bäckereifall" in bester Weise und in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung gerecht. Sie ermöglicht die Rückforderung dessen, was wirtschaftlich nicht geleistet, sondern nur zeitweise überlassen werden sollte. Dabei trägt sie Interessenerwägungen Rechnung, die von einer allgemein als richtig empfundenen reichsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt wurden. Im übrigen folgt

52) so RGZ 161 S.53 ff.

53) allerdings nicht notwendigerweise. Die Ehefrau oder ein Dritter können bei einer Buchhypothek beispielsweise durch Stellung des Antrages auf Eintragung eines neuen Gläubigers der Pfändung zuvorkommen.

sie aber der Grundregel des § 817 Satz 2 und auch des § 138 I BGB, daß das wirklich Geleistete nicht soll zurückgefordert werden können, eine Regel, die die Entscheidung im 145ten Band - wenigstens soweit man den möglichen Nachprozeß ins Auge faßt - außer acht läßt.

Daher müßte m.E. diese Lösung den Vorzug vor dem Ergebnis im 145ten Band der reichsgerichtlichen Entscheidungen verdienen.

Eine weitere Lösungsmöglichkeit dieses Falles ergibt sich, wenn man, wie schon erwähnt, den § 817 Satz 2 BGB über seinen Wortlaut hinaus als allgemeine Rechtsschutzverweigerung für Ansprüche aus unsittlichen Verträgen ansieht⁵⁴⁾. In diesem Fall würde diese Auslegung des § 817 Satz 2 BGB zu folgendem Ergebnis führen: Der Anspruch der Klägerin auf Berichtigung des Grundbuchs müßte zurückgewiesen werden, ohne daß daraus der Ehemann seinerseits einen Anspruch auf Rückübertragung des gesamten Bäckereianwesens würde herleiten können.

Diese Lösung würde zwar viel für sich haben. Sie würde das Gericht hier von vornherein vor Behelligung mit dem wenig schutzwürdigen Anspruch der Klägerin schützen. Bedenken gegen eine solche Lösung bestehen aber insofern, als das Grundbuch nunmehr auf eine nicht absehbare Zeit mit einer unrichtigen Eintragung belastet bliebe. Damit würde das Interesse der Allgemeinheit an klaren Rechtsverhältnissen, das besonders auf grundbuchrechtlichem Gebiete sehr stark ist, in Mitleidenschaft gezogen. Diesen Nachteil vermindert die ersterwähnte Lösung. Der Fall im 145ten Band sollte auf diese Weise entschieden werden. Somit scheidet der im 145ten Band zur Entscheidung stehende Interessenkonflikt als Rechtfertigung für die Wichtigkeit der Verfügungsge-
schäfte aus.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen: Aus dem Kausalinteresse der Vertragsparteien ergeben sich keine Anhaltspunkte, die gegen die Wirksamkeit der abstrakten Er-

54) siehe oben S.23 ff.

fällungsgeschäfte bei beiderseitigem Sittenverstoß sprechen. Es entspricht also durchaus der Interessenlage, wenn die Rechtsprechung des Reichsgerichts in den in Frage stehenden Entscheidungen von der Wirksamkeit der Verfügungsgeschäfte ausgeht. Die von dieser Ansicht abweichende Entscheidung im 145ten Band ist dagegen, wenn man auf die beteiligten Interessen abstellt, nicht gerechtfertigt.

II. Die Interessen der Vertragsbeteiligten im Verhältnis zu Dritten

Eine größere Bedeutung kommt dem dinglichen Rechts-erwerb im Verhältnis zu Dritten zu. Das ergibt sich aus dem Charakter der dinglichen Rechtsordnung als Organisationsordnung⁵⁵⁾, die nicht die Schaffung einer "endgültigen und materiell gerechten Güterverteilung", um die es im Verhältnis der Parteien zueinander im wesentlichen geht, zum Gegenstand hat, sondern die Außenwirkung der im Güterverkehr getroffenen Verfügungen.

1. Zunächst seien die Interessen der Vertragspartner, hauptsächlich aber des Empfängers, im Verhältnis zu dritten Störern des Rechtsgenusses und der Rechtsausübung geprüft. Der dinglich Berechtigte ist von der Rechtsordnung mit den notwendigen Rechtsbehelfen ausgestattet, sein Recht solchen Störern gegenüber durchzusetzen. Es fragt sich daher, inwieweit auch der Empfänger einer verpönten Leistung der dinglichen Rechtstellung bedarf, um den überantworteten Gegenstand gegen Eingriffe von dritter Seite zu wahren.

Zunächst ist einmal festzustellen, daß der dingliche Rechtsschutz oder ein dem gleichkommender Schutz im vorliegenden Fall durchaus wünschenswert ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum es Dritten erlaubt sein sollte, unter Bruch des Rechtsfriedens die dem Empfänger überantworteten Gegenstände in ihrem Bestand oder Wert zu bedrohen. Es muß möglich sein, sie vor einer Beeinträchtigung

55) Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, S.29.

durch Außenstehende zu schützen, gleichgültig, ob sie dem Vermögen des Empfängers oder noch dem des Leistenden angehören. Auch die Partner einer sittenwidrigen Vereinbarung kann die Rechtsordnung nicht schutzlos lassen gegenüber Rechtsbrechern.

Zur Geltendmachung eines solchen Schutzes ist aber regelmäßig nur der Empfänger des Gegenstandes willens und in der Lage. In der Mehrzahl der Fälle verpönter Leistungsvereinbarungen wird der Leistende sich nämlich an seinen erklärten Willen gebunden fühlen und dem Empfänger das Geleistete belassen. Er wird sich also selbst gar nicht mehr um den Gegenstand kümmern. Außerdem ist der Empfänger derjenige, der das Recht tatsächlich in Händen hält, sei es, daß er eine Sache in Besitz hat oder daß er als Inhaber eines Rechtes durch Bucheintragung, Briefbesitz oder sonstwie legitimiert ist. Er weiß somit auch um die Entziehung oder Gefährdung des Rechtsgegenstandes, so daß zunächst einmal er allein in der Lage ist, gegen den Störer vorzugehen. Ist man der Ansicht, daß das Verfügungsgeschäft von dem Sittenverstoß in seiner Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werde, so ist der Empfänger Eigentümer oder sonstiger Vollrechtsinhaber des übertragenen Gegenstandes geworden und somit in der Lage, diesen gegen Beeinträchtigung durch Dritte zu schützen. Verneint man dagegen den Rechtserwerb, so entbehrt der Empfänger dieses Schutzes. Möglicherweise bedarf er seiner jedoch nicht, da er durch Rechtsbehelfe, die an die tatsächliche Innehabung und nicht an die rechtliche Zuordnung des Gegenstandes anknüpfen, hinreichend gesichert ist.

Bei beweglichen Sachen steht dem Empfänger der possessorische Rechtsschutz der §§ 861, 862 BGB zur Verfügung. Wird beispielsweise der Ehefrau aus der Entscheidung im 145ten Band, der wie erinnerlich auf Grund eines scheidungs-erleichternden Abfindungsvertrages ein Bäckereianwesen übereignet wurde, ein der Bäckerei zugehöriges Inventarstück entzogen, so ist sie den Entzieher gegenüber auch dann nicht schutzlos, wenn man - wie die genannte Entscheidung

es tut - ihren Eigentumserwerb ablehnt. Sie kann die Herausgabe des Gegenstandes zwar nicht nach § 985 BGB, möglicherweise aber nach § 861 BGB verlangen. Zwar unterscheiden sich beide Normen in ihren Voraussetzungen. § 985 BGB erfordert lediglich, daß der Anspruchsteller Eigentümer, der in Anspruch Genommene Besitzer der Sache ist, die herausverlangt wird. Ein Anspruch aus § 861 BGB setzt dagegen voraus, daß dem Empfänger - hier der Ehefrau - der Besitz im vergangenen Jahr (§ 864 BGB) durch verbotene Eigenmacht des Störers entzogen worden ist und der Empfänger selbst dem Entzieher oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber nicht fehlerhaft besitzt und diesen Besitz in dem letzten Jahr vor der Entziehung erlangt hat. Diese Unterschiede in den Voraussetzungen wiegen aber nicht so schwer, wie es nach dem Wortlaut der Bestimmungen den Anschein hat. In den meisten Fällen wird der Eigentümer, der seinen Vindikationsanspruch geltend macht, sich auf die Tatsache seines früheren Besitzes und seines unfreiwilligen Besitzverlustes berufen, um mit Hilfe der daraus folgenden gesetzlichen Vermutungen (§ 1006 Abs.2 und Abs.1 Satz 2 BGB) den Nachweis seines Eigentums zu erbringen. Er wird dann im wesentlichen die gleichen Tatsachen vorbringen und unter Beweis stellen müssen, als wenn er aus § 861 BGB vorgehen würde, nämlich seinen früheren Besitz, seinen unfreiwilligen Besitzverlust (der zur Annahme der verbotenen Eigenmacht genügt, § 858 Abs.1 BGB) und den derzeitigen Besitz des Beklagten.

Größere Unterschiede bestehen allerdings hinsichtlich der Rechtsfolgen. Befindet sich der entzogene Gegenstand noch im Besitz des Entziehers und ist die einjährige Ausschlußfrist des § 864 BGB noch nicht verstrichen, so steht der Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes, den § 861 BGB gewährt, zwar dem Vindikationsanspruch aus § 985 BGB in nichts nach. Er ist vielmehr insoweit stärker, als ihm gegenüber Einwendungen aus dem Recht nicht erhoben werden können (§ 863 BGB). Schwierigkeiten ergeben sich für den Empfänger aber, wenn die entzogene Sache verschlechtert

worden oder untergegangen ist oder aus einem anderen Grunde nicht mehr herausgegeben werden kann. Der Eigentümer könnte in einem solchen Falle Schadensersatz verlangen, wenn der derzeitige Besitzer den Besitz durch schuldhaft⁵⁶⁾ verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung erlangt hat (§ 992 BGB) oder wenn die Sache nach Rechtshängigkeit (§ 989 BGB) oder, nachdem der Besitzer von seiner mangelnden Berechtigung Kenntnis erhalten hat, durch Verschulden des Besitzers untergegangen oder verschlechtert worden ist oder aus sonstigem Grunde nicht herausgegeben werden kann.

Ob auch der Besitzer einen solchen Schadensersatzanspruch hat, ist zweifelhaft. § 861 BGB gewährt keinen Schadensersatzanspruch. Als Anspruchsgrundlage könnte allerdings § 1007 BGB in Frage kommen, der in Absatz 3 Satz 2 auf die Regelung des Eigentümer-Besitzerverhältnisses verweist. Auf diese Vorschrift kann sich jedoch der Empfänger auf Grund beiderseitig sittenwidrigen Vertrages nicht berufen. Denn er wird regelmäßig im Augenblick seines Besitz-erwerbs nicht gutgläubig hinsichtlich des Rechts zum Besitz gegeben sein und somit die Voraussetzungen des § 1007 BGB nicht erfüllt haben.

Ob der Besitzer einen Ersatzanspruch auf Grund der Vorschriften über die unerlaubten Handlungen haben kann, ist ebenfalls zweifelhaft. Denn es ist umstritten, ob auch der rechtliche Besitz in § 823 BGB geschützt wird. Die neuere Lehre will mit guten Gründen dem Besitzer nur dann Delikt-schutz gewähren, wenn das Recht zum Besitz angegriffen wird⁵⁷⁾. Ein Recht zum Besitz kann aber im Rahmen eines beiderseitig sittenwidrigen Vertrages nicht übertragen werden, weil der obligatorische Vertrag auf jeden Fall nach § 138 BGB nichtig ist.

Auch eine Erweiterung des Besitzerschutzes durch die

56) Siehe hierzu Palandt, § 992 Ann.2 und 6.

57) v.Caemmerer in Festschrift für Rabel S.349 Fußnote 59 mit Nachweisen. Darüber, daß der Besitz nicht zu den geschützten Rechten in Abs.1 des § 823 BGB gehört, siehe Wilburg, JheringJ 82,115 ff. und RQZ 91 S.65 und 170 S.1.

Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung wird von der neueren Lehre abgelehnt, soweit es sich nicht um eine Leistungskondition handelt⁵⁸⁾. Ausgenommen wird allerdings der Schutz des Rechts zum Besitz gegen fremde Störung⁵⁹⁾.

Will man aber entgegen dieser neueren Lehrmeinung einen Schutz des Besitzers über die Bereicherungs- und Deliktsvorschriften anerkennen, so wäre der Umfang des Ersatzanspruches fraglich. Der Besitzer könnte nur den ihm entstandenen Schaden oder die auf seine Kosten erlangte Bereicherung verlangen. Beides würde sich nach seinem Besitzerinteresse bemessen, das wertmäßig vielfach gar nicht zu erfassen ist und nicht nach dem Interesse des Eigentümers an der Sache berechnet werden kann. Insofern besteht also auf jeden Fall ein Unterschied zwischen der Stellung des Leistungsempfängers, wenn er Eigentümer ist, und seiner Stellung, wenn er sich nur auf seinen Besitz stützen kann, ohne - wie es bei beiderseitig sittenwidrigen Geschäften die Regel ist - ein Recht zum Besitz zu haben.

Erkennt man also dem Leistungsempfänger die Eigentümerstellung nicht zu, so ist er gegen unfreiwilligen Besitzverlust in dem Fall gesichert, daß die Wiedereinräumung des Besitzes durch den Entzieher noch möglich ist. Andernfalls ist seine Stellung fragwürdig.

Ist der Empfänger Eigentümer der Sache geworden, so kann er unter gewissen Umständen auch die Nutzungen der Sache herausverlangen, die nach seinem Besitzverlust gezogen werden, und zwar kann er von dem bösgläubigen und dem Deliktsbesitzer alle Nutzungen und von dem gutgläubigen Besitzer die nach Rechtskraft gezogenen Nutzungen herausverlangen. Spricht man dagegen dem Leistungsempfänger die Eigentümerstellung ab, so hat er keinen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen. Aus den §§ 953 ff. BGB ergibt sich nichts Ge-

58) Siber, Schuldrecht S.419; Wilburg, Bereicherung S.37ff.; v.Caemmerer, Festschrift für Rabel S.349 Fußnote 59 mit weiteren Nachweisen.

59) so v.Caemmerer, Festschrift für Rabel S.349, Fußnote 59.

genteiliges. Mit der *condictio possessionis* oder dem Anspruch aus § 823 BGB kann der rechtlose frühere Besitzer Nutzungen der Sache ebensowenig herausverlangen, wie er - wie eben dargestellt - Schadensersatz wegen Untergangs der Sache fordern kann. Auch insofern erfolgt eine Schlechterstellung des Leistungsempfängers, wenn man ihm die Eigentümerstellung abspricht.

Eine weitere Frage ist, in welchem Umfang der Empfänger gegen Störungen im Genuß der übertragenen Sache geschützt wird. Als Eigentümer kann er nach § 1004 BGB Beseitigung der Störung verlangen und im Wiederholungsfalle - und unter gewissen Voraussetzungen schon ohne Wiederholung durch die vorbeugende Unterlassungsklage - auf Unterlassung klagen. Ist der Empfänger dagegen nicht Eigentümer geworden, so steht ihm dieser Rechtsbehelf nicht zu. Es fragt sich aber, ob § 862 BGB, der ihm das Recht gibt, innerhalb eines Jahres die Beseitigung jeder durch verbotene Eigenmacht verübten Besitzstörung zu verlangen und gegebenenfalls auch auf Unterlassung zu klagen, nicht zur Wahrnehmung seines Interesses ausreicht. Die Rechtsfolgen beider Ansprüche entsprechen sich bis auf die Ausschlußfrist von einem Jahr, innerhalb dessen der Anspruch aus § 862 BGB geltend gemacht werden muß. Denn die Beeinträchtigung des Eigentums in § 1004 BGB bedeutet nichts anderes als eine Störung des Besitzrechtes⁶⁰⁾. Das Merkmal der verbotenen Eigenmacht in § 862 BGB bedeutet keine Erschwerung, da verbotene Eigenmacht jede ohne Gestattung vorgenommene Beeinträchtigung der tatsächlichen Gewalt des Besitzers ist (RGZ 55 S.55).

Trotz gewisser Einschränkungen läßt sich also feststellen, daß zum Schutz gegen Störungen der Leistungsempfänger nicht der Eigentümerstellung bedarf, daß dazu vielmehr bereits der konkurrierende Besitzschutz ausreicht.

Übersehen werden darf freilich nicht, daß dieser Schutz nur besteht, wenn dem Empfänger tatsächlich bereits der Besitz übertragen worden ist. Andernfalls bestehen Ansprüche

60) so Palandt-Hoche, § 1004 Anm.2; Planck, § 1004 Anm.2.

aus den §§ 861, 862 BGB nicht und der Empfänger kann Einwirkungen auf den Leistungsgegenstand nur abwehren, wenn man ihm auch die Eigentümerstellung zubilligt. In einem solchen Falle wird aber auch der Leistende stets noch zur Abwehr der Störungen willens und in der Lage sein.

Schließlich kann der Empfänger zur Verteidigung des übertragenen Rechts vor der Notwendigkeit stehen, die Berichtigung des Grundbuchs, das durch fehlerhafte Eintragungen falsch geworden ist, zu erwirken. Das übereignete Grundstück sei beispielsweise durch - allerdings nicht offensichtliche - Verwechslung mit einem nicht bestehenden Vorkaufsrecht belastet worden, dessen Löschung der eingetragene Berechtigte verweigere. Als Eigentümer kann der Empfänger entweder die Unrichtigkeit des Grundbuchs formgerecht nachweisen und die Berichtigung nach § 22 GBO veranlassen, oder er kann den zu Unrecht Eingetragenen auf Erteilung der Löschungsbewilligung verklagen (§ 894 BGB). Beide Wege sind ihm verschlossen, wenn man die Gültigkeit der Verfügungsgeschäfte bei beiderseitigem Sittenverstoß ablehnt. Denn dann ist der Empfänger nicht Eigentümer geworden und kann folglich keinen Antrag auf Grundbuchberichtigung stellen. Zwar ist er noch im Grundbuch eingetragen. Der Grundbuchrichter müßte seinen Mangel im Recht aber von Amts wegen berücksichtigen. Als Nichteigentümer kann der Empfänger sich auch nicht auf § 894 BGB stützen und den zu Unrecht Eingetragenen auf Abgabe der Löschungsbewilligung verklagen. Es fragt sich allerdings, ob dem Empfänger in einem solchen Falle nicht ein Berichtigungsanspruch auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zusteht, da durch die fehlerhafte Eintragung der Buchbesitz teilweise aus seinem Vermögen in das des fehlerhaft Eingetragenen übergegangen ist. Dem steht aber die eben erwähnte neuere Lehrmeinung entgegen⁶¹⁾, da dem Buchbesitz kein Recht zum Besitz zur Seite steht. Auch hier könnte sich also der Empfänger gegen eine Rechtsverletzung durch Dritte nicht zur Wehr setzen, wenn man ihn nicht als Eigen-

61) siehe oben S.44 Fußnote 58.

tümer der empfangenen Sache ansieht. Für den Fall, daß ein besitzfähiges Recht fälschlich eingetragen oder daß das den Leistungsgegenstand bildende Recht fälschlich gelöscht worden ist, kann durch die Möglichkeit der Buchersitzung oder Buchversitzung (§§ 900, 901 BGB) sogar ein dauernder Rechtsverlust zugunsten des Rechtsverletzers eintreten, wenn man dem Empfänger die Eigentümerstellung abspricht.

Ist ein beschränktes dingliches Recht übertragen worden, so bedarf der Empfänger der Eigentümerstellung auch deshalb, weil er andernfalls die in den §§ 1053, 1134 und 1192 Abs. 1 BGB geregelten Unterlassungsansprüche nicht geltend machen kann. Bei Grunddienstbarkeiten gewährt allerdings schon die Besitzerstellung einen gewissen Schutz gegen fremde Störer (§ 1029 BGB).

Es hat sich also gezeigt, daß der Empfänger, soweit Besitzschutzvorschriften Anwendung finden, gegen Eingriffe Dritter in gewissem Umfange auch dann gesichert ist, wenn man ihn nicht als Eigentümer ansieht. Vollen Schutz genießt er jedoch nur als Eigentümer. Er hat somit ein berechtigtes Interesse an der Wirksamkeit der Verfügungsgeschäfte.

Das Ergebnis darf jedoch nicht überschätzt werden, da bei Mitwirkung des Leistenden ein voller Schutz in jedem Falle gewährleistet ist. Wenn auch diese Mitwirkung nicht sicher ist und Fälle denkbar sind, in denen sie nicht möglich ist, so wird es doch in der Regel so sein, daß beide Vertragspartner einem Dritten gegenüber zusammenstehen. Hierin ist wohl auch der Grund zu sehen, daß weder das Reichsgericht noch der Bundesgerichtshof bisher Anlaß hatten, sich mit diesem Problem zu befassen.

2. Bildet eine Forderung den Leistungsgegenstand, so fragt es sich, ob der verpflichtete Dritte an den Empfänger leisten muß, oder ob er sich auf die Sittenwidrigkeit des Leistungsgeschäfts berufen kann. Das Verhältnis des Empfängers zu dem Schuldner der abgetretenen Forderung (debitor cessus) behandeln die Entscheidungen des Reichsgerichts in Seuff. Archiv 78 Nr. 60 und in Seuff. Archiv 84 Nr. 53 (= DRIZ 30

S.184 = HRR 30 Nr.595 = JW 30 S.907), die beide eine eingehende Stellungnahme erfordern.

In der erstgenannten Entscheidung handelt es sich um folgenden Tatbestand: Auf dem Grundstück des Beklagten lastet eine Hypothek als Sicherung für eine persönliche Schuld des Beklagten. Als Inhaber ist der Kläger ausgewiesen. Seit ihrer Begründung sind Forderung und Hypothek durch mehrere Hände gegangen. Der Kläger macht nunmehr den dinglichen und den persönlichen Anspruch geltend. Der Beklagte bestreitet die Berechtigung des Klägers, indem er behauptet, die Forderung sei zwischen zwei Rechtsvorgängern des Klägers aus unsittlichen Motiven ausgetauscht worden. Das sei dem Kläger bei Erwerb von Forderung und Hypothek bekannt gewesen.

Das Reichsgericht gibt der Klage statt, ohne diese Behauptung des Beklagten zu prüfen. Es führt aus: Selbst wenn der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bei der Zession gerechtfertigt sei, so ergebe sich daraus nur die Nichtigkeit des der Abtretung zugrunde liegenden Vertrages, zu dessen Erfüllung die Abtretung erfolgt sei, nicht aber auch die Ungültigkeit des abstrakten Verfügungsgeschäfts der Forderungsabtretung. Wie sich bereits aus § 817 BGB ergebe, könnten solche Geschäfte "nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein, weil ihr Inhalt nur durch die ihnen eigentümliche Rechtswirkung bestimmt werde und sie lediglich eine Rechtsänderung zum Gegenstand hätten". Der Kläger sei also auch bei Richtigkeit der Behauptung des Beklagten zur Geltendmachung von Forderung und Hypothek befugt.

Die Auffassung, daß das Erfüllungsgeschäft von der Sittenwidrigkeit nicht berührt werde, führt hier also zu folgendem Ergebnis: Der Schuldner (debitor cessus) kann sich, wenn er von dem neuen Gläubiger in Anspruch genommen wird, nicht auf das ihm fremde Kausalverhältnis zwischen Abtretendem und Abtretungsempfänger berufen⁶²⁾. Das er-

62) was ihm zum Teil auch in Rechtssystemen mit kausaler Übereignung verwehrt ist, siehe v.Caemmerer, Zschr.f. ausl.u.intern.Privatr.38 S.676 ff. IV 3.

scheint nicht ungerechtfertigt. Denn an der Leistungsverpflichtung des Schuldners hat sich durch die verpönte Zession nichts geändert. Tatsächlich wird in diesem wie in ähnlich gelagerten Fällen der Einwand aus dem fremden Rechtsverhältnis nur erhoben, um die Erfüllung der eigenen Verpflichtung zu verschleppen oder endgültig zu verweigern. Denn die Gefahr einer unberechtigten oder doppelten Inanspruchnahme besteht deshalb nicht, weil der Schuldner durch § 404 BGB hinreichend geschützt ist. Regelmäßig wird daher nicht die Furcht, durch die Leistung nicht frei zu werden, das Motiv der Berufung auf den fremden Rechtsgrund sein, sondern vielmehr die Spekulation, daß der Zedent die Forderung erst später oder vielleicht sogar überhaupt nicht geltend machen werde. Es ist nicht einzusehen, daß der Schuldner mit einem solchen Bestreben erfolgreich sein sollte.

Das Ergebnis dieser Entscheidung erscheint somit billigungswert. Bevor ihm jedoch allgemeine Bedeutung beigelegt wird, sei es an Hand der zweiten oben genannten Entscheidung in Seuff.Archiv 84 Nr.55 überprüft. Dort handelt es sich um folgenden Fall: Die Klägerin macht eine Forderung geltend. Der beklagte Schuldner stellt ihre Sachlegitimation in Abrede, da die Abtretung an die Klägerin nichtig gewesen sei. Denn zunächst einmal sei durch die Abtretung das Gesamtvermögen einer Aktiengesellschaft veräußert worden. Das sei nach § 303 HGB nichtig (alte Regelung). Ferner verstoße sie gegen die guten Sitten, da sich der ehemalige Vorsitzende durch diese Zession sämtliche Vermögenswerte der Aktiengesellschaft auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger zugeführt habe.

Das Reichsgericht weist die Klage ab und begründet das folgendermaßen: Aus § 138 BGB könne die Nichtigkeit nicht hergeleitet werden. Denn die Sittenwidrigkeit des Grundgeschäftes bedinge nicht auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes. Die Ausnahmen, die hinsichtlich dieses Grundsatzes anerkannt würden, lägen nicht vor. Die Zession verstoße jedoch hier gleichzeitig gegen ein gesetzliches Verbot. Sie sei daher nach § 134 BGB ungültig. Die

Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB könne im Einzelfall auch das Erfüllungsgeschäft ergreifen, und zwar im Sinne der absoluten Nichtigkeit, die für und gegen jedermann wirke, auf die sich also auch der debitor cessus berufen könne.

Diese Entscheidung bestätigt zwar in den Ausführungen das Ergebnis des vorerwähnten Falles: Im Regelfall kann der debitor cessus sich nicht auf die Sittenwidrigkeit der Zession berufen, um seine Leistung dem Zessionar gegenüber zu verweigern.

Jedoch gestattet diese Entscheidung dem debitor cessus, die Nichtigkeit der Abtretung wegen der Verbotswidrigkeit der Abtretung geltend zu machen. Insofern soll der Schuldner also Einwendungen aus dem ihm fremden Rechtsgrundverhältnis erheben können. Derartige Einwendungen sind dem debitor cessus also nicht grundsätzlich verschlossen.

Diese Erkenntnis warnt davor, dem Verhältnis Zessionar - debitor cessus für das Gesamtproblem dieser Arbeit zu große Bedeutung zuzumessen. Was die Rechtsprechung für den § 134 BGB für richtig befunden hat und praktisch durchführt, könnte auch im Falle des § 138 BGB gelten.

Allerdings sind zwei Gesichtspunkte zu beachten, die eine verschiedene Behandlung der Einwendungen aus den §§ 138 und 134 BGB immerhin rechtfertigen. Zunächst einmal läßt sich der Einwand, es handele sich um eine vom Gesetz verbotene Zession, deshalb schneller und sicherer nachprüfen, weil in diesem Falle auf den Wortlaut des Gesetzes zurückgegriffen werden kann, das das Verbot ausspricht. Es kann regelmäßig ohne große Schwierigkeiten entschieden werden, ob gegen das in Frage kommende gesetzliche Verbot verstoßen wurde und ob die verletzte Norm solcher Natur ist, daß sie nach dem Sinn des Gesetzes auch das Verfügungsgeschäft mit der Nichtigkeitsandrohung treffen will. Im vorliegenden Falle bedarf es beispielsweise einer einfachen Auslegung des § 303 HGB. Anders bei der dehnbaren und unbestimmten Generalklausel des § 138 BGB, die auf das stets im Wandel begriffene Anstandsempfinden aller "billig und

gerecht Denkenden" verweist. Hier bereitet schon die Entscheidung bei unstreitigem Tatbestand Schwierigkeiten. Bei streitigem Sachverhalt kommt hinzu, daß die tatsächliche Aufklärung des Falles in der Regel langwierig und schwierig ist. Denn der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bezieht sich vornehmlich auf ein inneres Verhalten der Beteiligten, das zudem noch nach außen hin geheimgehalten wird. Aus diesem Grunde wird eine unberechtigte Einwendung vielfach erst nach längerer Beweisaufnahme zurückgewiesen werden können. Das hat zur Folge, daß es einem böswilligen Schuldner möglich wäre, durch haltlose Behauptungen seine auf jeden Fall geschuldete Leistung zu verschleppen.

Ein zweiter Unterschied ergibt sich aus dem in stärkerem Maße diskriminierenden Charakter des Vorwurfs der Sittenwidrigkeit. Dieser läßt die Gültigkeit der Verfügungsgeschäfte im Verhältnis zum debitor cessus besonders wünschenswert erscheinen. Ein gutes Beispiel dafür bietet der erörterte Fall in Seuff.Archiv 78 Nr.60. Das Gericht braucht auf Grund des Abstraktionsgrundsatzes die Einwendung des Schuldners, die dem Zessionar gesellschaftlich und wirtschaftlich Schaden zufügen könnte, überhaupt nicht zu prüfen, da die Zession auf jeden Fall gültig ist. Wäre das Reichsgericht der Ansicht gewesen, daß die Sittenwidrigkeit des Grundgeschäftes auch die Zession ergriffen hätte, so hätte es dem Einwand des debitor cessus nachgehen müssen. Der Zessionar und seine Vormänner hätten unter der Gefahr, ihre Forderung zu verlieren, über die ihnen unangenehme Angelegenheit Rede und Antwort stehen müssen. Möglicherweise wären dadurch Dinge ihres Privatlebens aufgedeckt worden, die niemand gerne vor der Allgemeinheit offenbart. Hieraus könnte ein böswilliger Schuldner, der mit der Angstlichkeit oder besonderen Verletzbarkeit seiner Gläubiger - etwa bedingt durch eine exponierte Stellung in der Öffentlichkeit - rechnet, Vorteile ziehen. Zwar wird ein Rechtsverfahren es häufig mit sich bringen, daß auch unangenehme und peinliche Dinge zur Sprache kommen. Ein solcher Einbruch in die private Sphäre des einzelnen ist jedoch gemeinhin nur zulässig, wenn berechnigte Interessen anderer oder der

Allgemeinheit es erfordern. In einem Strafverfahren oder einem Prozeß der Parteien des Sittenverstoßes untereinander müßte er in gewissen Grenzen in Kauf genommen werden. Hier wird er jedoch von einem Schuldner verlangt, der so oder so verpflichtet ist, seine Leistung zu erbringen. Es ist also eine richtige gesetzgeberische Entscheidung, wenn dem debitor cessus dieser Einwand von vornherein abgeschnitten wird.

3. Das Verhältnis des Empfängers zu dem debitor cessus gewinnt besondere Bedeutung bei verbrieften Forderungen. Nimmt man an, es sei ein Wechsel zur Erfüllung einer sittlich anstößigen Forderung weiterbegeben worden, so entsteht auch hier wieder die Frage, ob der Wechselverpflichtete sich dem neuen Indossatar gegenüber auf diese Tatsache soll berufen können. Wer mit der herrschenden Ansicht für den Regelfall die Wirksamkeit der Verfügungsgeschäfte vertritt, muß diese Frage verneinen. Denn nach seiner Ansicht ist der Indossatar ohne Rücksicht auf die mögliche Nichtigkeit des Grundgeschäftes Wechselberechtigter geworden. Nach der Gegenansicht müßte der Wechselschuldner mit der Einwendung, die Abtretung sei aus sittenwidrigem Rechtsgrund erfolgt, die Berechtigung des Indossatars in Frage stellen können. Dieser Einwand würde durch Art.17 des Wechselgesetzes nicht ausgeschlossen sein, da Art.17 WG das Gläubigerrecht des Wechselinhabers voraussetzt⁶³⁾. Auch Art.16 WG würde dem Wechselinhaber nur zeitweise helfen. Denn dieser Artikel begründet trotz seines irreführenden Wortlauts ("gilt") keine Fiktion, sondern lediglich eine widerlegbare Vermutung zugunsten des durch ordnungsmäßige Indossamentenkette legitimierten Wechselinhabers⁶⁴⁾. Gelänge dem Verpflichteten also hier der Nachweis der Sittenwidrigkeit des Abtretungsvertrages, so wäre nach dieser Ansicht die Nichtberechtigung des Wechselinhabers dargetan und der Wechselschuldner

63) Stranz, Art.17 Anm.2, Anm.10 2.Absatz. RGZ 162 S.302 für den Fall, daß der Begebungsvertrag wegen Wuchers nach § 138 Abs.2 BGB nichtig ist.

64) Stranz, Art.16 Anm.2 b.

müßte mit Recht die Erfüllung der Wechselverpflichtung verweigern können. Der Rechtsnachfolger des Indossatars, der an dem Sittenverstoß nicht teilgenommen hat, würde allerdings den Wechsel kraft guten Glaubens (Art.16 Abs.2 WG) erwerben können. Hat er gutgläubig erworben, so sind die weiteren Rechtsnachfolger ohne Rücksicht auf ihre Kenntnis von dem Sittenverstoß geschützt, da sie von dem Berechtigten erwerben.

Entsprechendes müßte bei einem Scheck oder bei einem kaufmännischen Orderpapier gelten (Art.19 Scheckgesetz; §§ 363, 365 HGB).

Das Ergebnis, daß der Wechselschuldner dem Indossatar die Leistung soll verweigern können, befriedigt nicht, da sich auch hier der Verpflichtete auf Tatsachen berufen könnte, die für seine Verpflichtungen unwesentlich sind. Obwohl die berechtigten Interessen eines anderen es nicht erfordern - die Interessen des Indossanten sind nicht schutzwürdig, weil er die Weiterbegebung an den Wechselgläubiger in vollem Umfang gewollt hat -, würde der Wechselverpflichtete sich seiner Zahlung vorerst entziehen können, während ihm das Wechselgesetz dieses Recht sonst selbst dort abspricht, wo durchaus schutzwürdige Interessen des Verpflichteten selbst oder anderer in Frage stehen.

Diese Erkenntnis legt den Schluß nahe, daß im Wechselrecht oder bei sonstigen Orderpapieren die abstrakte Lösung das erwünschtere Ergebnis bringt.

Den vorstehenden Ausführungen läßt sich entgegenhalten: Es sei zwar richtig, daß, wenn man der Nichtigkeitsfolge des § 138 I BGB auch das Erfüllungsgeschäft unterwerfe, der Zessionar kein Recht gegen den Schuldner erhalte. Das entsprechende dann aber auch der Rechtslage. Der Zedent sei Gläubiger geblieben und er könne ja nun den Schuldner in Anspruch nehmen.

Hier zeigt sich aber folgende Schwierigkeit: Der Zedent ist in diesem Fall vielfach gar nicht mehr in der Lage, die Forderung gegen einen nicht leistungsbereiten Schuldner

durchzusetzen. Das trifft schon dann zu, wenn er die Abtretung an den debitor cessus angezeigt hat. Dieser kann jetzt dem Leistungsverlangen widersprechen, wenn der Zedent nicht die Zustimmung des als Zessionar Angezeigten vorweist. Das Gleiche gilt, wenn vertraglich die Geltendmachung der Forderung von der Vorlage eines Legitimationsscheines abhängig gemacht wurde und der Zedent diesen dem Zessionar übergeben hat, vor allem also bei jedem Wertpapier, da dort regelmäßig die Vorlage und Aushändigung des Papiers Voraussetzung dafür ist, daß das Recht geltend gemacht werden kann (so § 797 BGB, Art. 38 WG, Art. 29, 34 Scheckgesetz). Hier kann der Schuldner somit dem Zedenten, der dieses Legitimationspapier nicht mehr in Händen hält, die Leistung verweigern.

In solchen Fällen würde der Indossant und - nach der nicht herrschenden Ansicht - wahre Gläubiger stets der Mitwirkung des Indossatars bedürfen, um gegen den Abtretungsschuldner vorzugehen. Versagt der Indossatar diese Mitwirkung, so müßte der alte Gläubiger sie erzwingen. Dem steht aber das Rückforderungsverbot des § 817 Satz 2 BGB sowie die Nichtigkeit des Grundgeschäftes nach § 138 Abs. 1 BGB entgegen. Es gibt keinen Gesichtspunkt, unter dem der alte Gläubiger diese Mitwirkung verlangen könnte⁶⁵⁾. Wertpapiere und Legitimationsscheine könnte der alte Gläubiger allerdings aufgrund des ihm verbliebenen Eigentumsrechts⁶⁶⁾ herausverlangen. Auch das ist aber ausgeschlossen, wenn man die Rückforderungssperre des § 817 Satz 2 BGB, wie es eine neuere Ansicht will⁶⁷⁾, auf dingliche Ansprüche ausdehnt. Dann kann der Indossant auch die übergebenen Wertpapiere oder sonstigen Legitimationsscheine nicht zurückfordern.

Hier kann sich also der Schuldner seiner Leistungspflicht voll und ganz entziehen, und zwar dem neuen Gläubi-

65) siehe hierzu Leo Raape in JW 26 S. 2529 Anm. 5 zu RGZ 175 S. 25 V.

66) Bei einem echten Wertpapier wegen der - von der nicht herrschenden Lehre angenommenen - Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes, bei Legitimationspapieren nach § 952 BGB.

67) siehe oben S. 23 ff.

ger gegenüber unter Berufung auf dessen Mangel im Recht, dem alten Gläubiger gegenüber, indem er dessen fehlende Legitimation rügt. Trotz der geringen Schutzwürdigkeit beider Partner eine durchaus unerfreuliche Rechtslage. Auch aus diesem Gesichtspunkt läßt sich m.E. die abstrakte Lösung befürworten.

Besonders unbillig würde sich die Rechtslage gestalten, wenn nach der sittenwidrigen Abtretung noch weitere Zessionen erfolgten. Nunmehr ist der letzte Gläubiger und Legitimierte kein Teilnehmer des Sittenverstoßes. Dennoch würde ihm, falls er nur von den Umständen der verpönten Vorzession weiß, der Verpflichtete den Mangel im Recht entgegenhalten können. Obwohl weder das Interesse des Schuldners, noch des Zedenten, der möglicherweise die Forderung auch nicht mehr geltend machen kann, es rechtfertigt, wird hier das Recht eines am Sittenverstoß Unbeteiligten verkürzt.

4. Ein weiteres Gebiet, auf dem sich die gleichen Schwierigkeiten zeigen, ist das der Immaterialgüterrechte und der gewerblichen Schutzrechte, soweit deren Übertragung gemäß § 413 BGB in entsprechender Anwendung der Abtretungsregeln erfolgt, weil eine andere gesetzliche Regelung nicht getroffen worden ist (arg. § 13 Satz 2 Gebrauchsmustergesetz, § 9 Satz 2 Patentgesetz, § 8 Abs.1 Satz 1 Warenzeichengesetz mit der Einschränkung, daß das Recht nur mit dem Geschäftsbetrieb übertragbar ist, § 28 Abs.1 Satz 1 Verlagsgesetz mit der Einschränkung des Satzes 2, § 10 Abs.3 KunstUrhGes., § 3 Satz 2 Geschmacksmustergesetz, § 8 Abs.3 LitUrhGes.)⁶⁸⁾. Bei diesen Gesetzen ist der Hauptinhalt stets das Ausschlußrecht gegen jedermann. Für die Übertragung dieser Rechte gilt nach der herrschenden Lehre das Gleiche wie für die Abtretung einer Forderung: Sie ist von ihrem Rechtsgrund unabhängig und bleibt in der Regel von der Sittenwidrigkeit des Grundgeschäftes unberührt.

Das bedeutet für die vorliegende Problemstellung fol-

68) Für die Anwendung der Abtretungsgrundsätze bei Immaterialgüterrechten siehe RGZ 140 S.250.

gendes: Wird beispielsweise ein Patentrecht zur Erfüllung eines sittlich anstößigen Rechtsgrundes übertragen, so hindert die verwerfliche causa den Empfänger der Leistung nicht, gegen einen Nachahmer der Patentidee die vorgesehenen Rechtsbehelfe geltend zu machen: Je nach Lage des Falles auf Unterlassung zu klagen, Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz zu verlangen oder Strafantrag zu stellen (§ 47 ff. PatGes). Der Rechtsverletzer kann sich nicht auf die Sittenwidrigkeit der causa berufen. Denn diese hindert den Rechtsübergang nicht, der Voraussetzung dafür ist, daß die genannten Ansprüche geltend gemacht werden können.

Wer dagegen die Nichtigkeit des § 138 Abs.1 BGB regelmäßig auch auf Verfügungen ausdehnen will, müßte auch hier zu einem anderen Ergebnis kommen. Er müßte dem Verletzer gestatten, die fehlende Berechtigung des neuen Patentinhabers und seiner Rechtsnachfolger geltend zu machen, mit dem Erfolg, daß zunächst einmal die Sache durch Überprüfung des Einwandes verschleppt und bei Richtigkeit desselben die zivilrechtlichen Ansprüche abgelehnt würden und daß die Strafverfolgung wegen fehlenden gültigen Antrags eingestellt werden müßte. Wie auch bei einer Zession und einer Wertpapierübertragung besteht aber nicht das mindeste berechnete Interesse des Verletzers an dieser Regelung. Vielmehr ist gerade hier die Gefahr einer Beeinträchtigung des Rechts allein durch die Verzögerung des Rechtsschutzes groß. Der Vertrieb minderwertiger Ware unter den geschützten Bezeichnungen oder in den geschützten Verpackungen kann bei einem Gegenstand des Massenkonsums bereits in kurzer Zeit schwerwiegende Schäden des good will zur Folge haben und das in Rede stehende Warenzeichen oder Gebrauchsmuster wertlos machen. Vor allem aber kann der lange Gebrauch eines Zeichens dieses zu einem "freien Warenzeichen" werden lassen und damit zum Verlust eines Schutzanspruchs führen, während eine solche Entwicklung durch eine Verurteilung des Nichtberechtigten "gestört" wäre und den Verlust vereiteln würde⁶⁹⁾.

69) Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 20. Kapitel, insbesondere Ann. 6. RGZ 108 S. 8 ff. bezüglich der Bezeichnung "Saccharin".

Auch bei den Immaterialgüterrechten wird es vielfach so sein, daß der Übertragende nicht mehr zur Durchsetzung des Schutzanspruches legitimiert ist. So setzt beispielsweise die Klageberechtigung aus einem Patentrecht die Eintragung in die Patentrolle voraus⁷⁰⁾. Also könnte auch hier der Fall vorkommen, daß der alte Rechtsinhaber wegen mangelnder Legitimation, der Erwerber wegen mangelnder Rechtsinhaberschaft gehindert wäre, einen Anspruch wirksam im Klagewege geltend zu machen. Auch hier würde es mit Rücksicht auf den § 817 Satz 2 BGB fraglich sein, ob der alte Berechtigte seine Wiedereintragung in die Patentrolle durchsetzen könnte. Entsprechendes muß bei den übrigen Urheber- und Lizenzrechten gelten, soweit sie eintragungsfähig sind oder soweit sonstwie eine Legitimation zu ihrer Geltendmachung erforderlich ist.

5. Die Übertragung von Mitgliedschaftsrechten ist - sofern nicht überhaupt ausgeschlossen⁷¹⁾ - in Sondertatbeständen geregelt (so etwa § 15 Abs. 3 GmbHGes, §§ 61, 62 AktGes) oder erfolgt nach sachenrechtlichen Grundsätzen (§ 929 ff. BGB). Sie ist als Verfügungsgeschäft nach der h.L. ebenfalls von der Nichtigkeit einer sittenwidrigen causa unabhängig. Die dagegen von der Gegenmeinung vertretene Abhängigkeit würde außer den schon geschilderten Nachteilen hier die besondere Folge haben, daß der Erwerber gehindert wäre, Ansprüche gegen die Gesellschaft, so z.B. das Anfechtungsrecht nach § 198 AktGes, geltend zu machen. Dadurch könnte eine dauernde Schädigung des übertragenen Rechts eintreten. Auch hier könnte also die Abhängigkeit der Verfügungsgeschäfte von der Sittenwidrigkeit der causa den Ausschluß jeden Rechtsschutzes der Beteiligten - sofern diese sich nicht einig sind - und einen Freibrief für Rechtsverletzer bedeuten.

70) Unstritten; wie hier Reimer, Patentgesetz § 9 Anm. 62; a.A. Ristow in JW 37 S. 1858; mit Rücksicht auf § 24 II Satz 3 ist wohl Reimer im Recht.

71) so in § 38 BGB und bei allen Körperschaften personenrechtlicher Natur.

6. Eine weitere Fallgruppe, in der das Verhältnis des Leistungsempfängers zu einem zur Leistung verpflichteten Dritten von Bedeutung ist, bilden die Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ 142 S.410, RGZ 154 S.99 ff. und in JW 1934 S.1409.

In diesen Fällen handelt es sich im wesentlichen darum, daß jemand in einem Lebensversicherungsvertrag seine Geliebte begünstigt hat, um sie für ein ehewidriges Verhältnis zu belohnen oder sie zur Fortsetzung dieses Verhältnisses zu bestimmen. In allen diesen Fällen sieht das Reichsgericht den Rechtsgrund der Begünstigung, also die Kausalabrede zwischen dem Versicherungsnehmer und der begünstigten Geliebten als sittenwidrig und nach § 138 Abs.1 BGB nichtig an. Während jedoch der VII.Senat in den beiden erstgenannten Entscheidungen diese Nichtigkeit auch die Verfügung ergreifen läßt, also die Bezugsberechtigung selbst für nichtig hält, geht der VI.Senat in der letztgenannten Entscheidung von der Wirksamkeit der Bezugsberechtigung aus. Nach Ansicht des VI.Senates steht die Versicherungssumme folglich der Geliebten, nach Ansicht des VII.Senates den Erben des Versicherungsnehmers zu oder demjenigen, den der Versicherungsnehmer nach Auflösung des ehewidrigen Verhältnisses als Begünstigten benannt hat. Die Ansicht des VII.Senates wird in der Entscheidung RGZ 154 S.99 ff. eingehend begründet. Dort hatte der Versicherungsnehmer zunächst seine Geliebte begünstigt, später jedoch eine andere Person - die Beklagte - benannt, an die die Versicherung die Versicherungssumme auszahlte. Die Geliebte verlangte daraufhin von der Beklagten die Summe als ungerechtfertigte Bereicherung heraus. Das Berufungsgericht hatte die Bezugsberechtigung der Geliebten selbst für nichtig erklärt und die Klage abgewiesen. Hiergegen hatte die Revision eingewandt: Die Sittenwidrigkeit könne allenfalls ein Widerrufsrecht des Versicherten nach § 817 BGB, nicht jedoch die Ungültigkeit der Begünstigung begründen. Der Ausübung des Widerrufsrechts stehe aber der Satz 2 des § 817 BGB entgegen. Demgegenüber führt das Reichsgericht aus: An diesem Revisionsangriff sei nur richtig, daß ein

Herausgabeanspruch nach § 817 BGB auch bei gültigem Leistungsgeschäft bestehen könne. Das schließe aber nicht aus, daß der sittenwidrige Zweck unter Umständen auch das Leistungsgeschäft nichtig mache. Das sei hier der Fall, da das Geschäft im ganzen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nichtig sei. Somit habe der Versicherte die erste Begünstigung nicht zu beachten brauchen, so daß die Begünstigung der Beklagten wirksam und die Auszahlung der Versicherungssumme an diese nicht ohne Rechtsgrund erfolgt sei.

Diese Lösung, so führt das Reichsgericht weiter aus, sei weder für den Versicherten, noch für die Versicherung unerträglich. Dem Versicherten würde nur dann ein Schaden entstanden sein, wenn man die Nichtigkeit nicht nur der Begünstigung, sondern des ganzen Vertrages für richtig halte. Das sei aber nur in seltenen Ausnahmefällen anzuerkennen. In der Regel sei nur die Begünstigung, und nicht auch der Versicherungsvertrag insgesamt nichtig. Für die Versicherungsgesellschaft bestehe eine Gefahr dann, wenn sie doppelt in Anspruch genommen werden könnte. Das treffe aber nicht zu: Die Versicherungen seien regelmäßig durch in den Vertragsbedingungen enthaltene Inhaberklauseln gesichert. Außerdem sei eine doppelte Inanspruchnahme dadurch ausgeschlossen, daß die gesetzlichen Vorschriften über die Abtretung analog angewendet werden müßten (§§ 407, 409 BGB). Die Versicherungen würden somit auf jeden Fall durch Leistung an den legitimierten Begünstigten frei, auch wenn diesem der Anspruch auf die Versicherungssumme in Wirklichkeit nicht zustehe.

Diese Entscheidung stellt in den zuletzt erwähnten Ausführungen klar, daß in dieser Fallgruppe das Verhältnis des Leistungsempfängers zu dem leistungspflichtigen Schuldner unproblematisch ist, da die Inhaberklausel und das Gesetz die Versicherung hinreichend gegen doppelte Inanspruchnahme schützen. Aus diesem Grunde mißt das Reichsgericht zu Recht der Stellung des Schuldners keine besondere Bedeutung zu. Auch die Stellung des Begünstigten im Verhältnis zu der Versicherung erscheint, wie das Reichsgericht andeutet,

wenig bedeutungsvoll. Im Regelfall wird die Versicherung an den Inhaber der Versicherungspolice zahlen und nur bei starken Zweifeln an dessen Berechtigung die Zahlung verweigern. Ein Streit wird also stets zwischen den verschiedenen Begünstigungsanwärtern ausgetragen werden. Die oben geschilderte Gefahr, daß der Dritte unsachliche Einwendungen aus fremdem Recht erhebt, um sich der eigenen Leistung zu entziehen, ist hier also nicht gegeben.

Entscheidend kann also nur das Verhältnis zwischen den Begünstigungsanwärtern sein. Wer hier vorzuziehen ist, bestimmt sich nach den verschiedenen Ansichten über die Natur der Begünstigung in einem Vertrag zugunsten eines Dritten. Diese Problematik ist für die vorliegende Arbeit ohne Interesse.

Auch in der Entscheidung des VI. Senates kommt weder dem Interesse der Versicherungsgesellschaft, noch dem Interesse des Begünstigten im Verhältnis zur Versicherung größere Bedeutung zu. Der Rechtsstreit wird vielmehr ausgetragen zwischen dem Versicherten selbst, der die Bezugsberechtigung herausverlangt, und der von ihm begünstigten früheren Geliebten. Er wird entschieden aus rechtsdogmatischen Erwägungen über die Struktur des Vertrages zugunsten Dritter, die in dieser Arbeit nicht zu erörtern ist.

In den Fällen, in denen ein Versicherungsnehmer zu sittenwidrigen Zwecken einen Dritten begünstigt, wird das Verhältnis zu dem verpflichteten Dritten also nicht entscheidend berührt.

7. Über das Verhältnis der Vertragsparteien einer auf unsittlichem Grundgeschäft beruhenden Verfügung zu Störern oder aus dem Recht - oder aufgrund dieses Rechtes - verpflichteten Dritten läßt sich somit zusammenfassend sagen:

Lehnt man die Unabhängigkeit des Verfügungsgeschäftes von der sittenwidrigen causa ab, so ist der Leistungsempfänger zum Schutze des übertragenen Rechtes gegenüber Störern und zu seiner Geltendmachung gegenüber Dritten nur imstande, wenn es sich um eine besitzfähige Sache handelt, und selbst

in diesem Falle nur in einem beschränkten Umfange. Da der Leistende, der nach dieser Ansicht der Inhaber des Rechtes geblieben ist, vielfach nicht gewillt ist, seinerseits das Recht geltend zu machen, und infolge seiner mangelnden Legitimation häufig hierzu nicht einmal in der Lage ist, könnte eine solche Regelung zur Schädigung des übertragenen Rechtsanspruchs führen. Diese Benachteiligung der Vertragspartner ist aber durch keine schutzwürdigen Gegeninteressen gerechtfertigt. Es besteht kein Anlaß, den Störern oder den aus dem Recht Verpflichteten die Möglichkeit zu geben, Einwendungen aus dem für sie fremden Rechtsverhältnis zu erheben. Im Widerstreit der Interessen der Vertragspartner zu den Interessen der Störer oder der aus dem Recht Verpflichteten erscheint die abstrakte Lösung daher wünschenswerter.

Zu bedenken ist freilich, daß unsere Rechtsordnung bei anderen Mängeln des Grundgeschäfts, insbesondere im Falle der Verbotswidrigkeit, die causa-Abhängigkeit auch der Verfügungsgeschäfte kennt. Wie geschildert, treten dort die gleichen Schwierigkeiten auf. Es wurde aber festgestellt, daß bei einem sittenwidrigen Grundgeschäft besonderer Anlaß besteht, den Leistungsempfänger gegenüber Dritten zu schützen.

III. Rückwirkungen auf Tatbestände außerhalb des Privatrechts

Bedeutsam kann die Frage, ob der Leistungsempfänger die dingliche Rechtsstellung erlangt, auch außerhalb des bürgerlichen Rechts werden. Denn es gibt in anderen Rechtsgebieten so vornehmlich im Strafrecht, Tatbestände, die an die Rechtsform des Eigentums oder der sonstigen Rechtsbefugnis anknüpfen. Zu prüfen ist, ob sich vielleicht auch aus diesem Gesichtspunkt eine Rechtfertigung für die Unabhängigkeit der Erfüllungsgeschäfte von dem unsittlichen Rechtsgrund oder für die Gegenansicht ergibt.

1. Zweifach hat der § 40 StGB in diesem Zusammenhang Anlaß zu einem reichsgerichtlichen Erkenntnis gegeben, das veröffentlicht wurde.

So beispielsweise in der Entscheidung in JW 1907 S.548, 1. Dort hatte der Veranstalter eines verbotenen Glücksspiels in seinem Eigentum stehende Spielkarten weiterveräußert. Bei dem Erwerber waren diese dann als Gegenstände, die zur Begehung eines Vergehens dienten (instrumenta sceleris) eingezogen worden, ohne daß das die Einziehung aussprechende Gericht in seinem Urteil Feststellungen darüber getroffen hatte, daß auch der Erwerber als Täter oder Teilnehmer an diesem Spiel beteiligt gewesen war.

Das Reichsgericht hob das Urteil auf und verwies die Sache an die Vorinstanz zurück, und zwar mit folgender Begründung: § 40 StGB gebe ein Einziehungsrecht nur hinsichtlich solcher Gegenstände, die im Eigentum eines Täters oder Teilnehmers des abzuurteilenden Vergehens oder Verbrechens ständen. Eigentümer der Spielkarten sei hier aber der Erwerber geworden. Zwar müsse man annehmen, daß die Weiterveräußerung der Fortführung des untersagten Spiels habe dienen sollen und daher sittenwidrig sei. Die sich daraus ergebende Nichtigkeit ergreife jedoch nur das obligatorische Kaufgeschäft, nicht aber auch die Eigentumsübertragung. Sei der Käufer aber Eigentümer geworden, so könnten die Karten nur eingezogen werden, wenn auch diesem eine Beteiligung an dem zur Aburteilung stehenden Vergehen nachgewiesen werden könne. Da das Urteil darüber aber keine Feststellungen trafe, müsse die Sache zur nochmaligen Überprüfung zurückgewiesen werden.

In dem ähnlich gelagerten Fall, den das Reichsgericht bereits vorher im Jahre 1904 entschieden hat (RG im "Recht" 1904 S.534), waren Bücher und Schriften unzüchtigen Inhalts bei einem Buchhändler eingezogen worden. Das Reichsgericht prüft auch hier die Frage, ob der Buchhändler Eigentümer der beschlagnahmten Gegenstände geworden war und kommt zu dem Schluß, daß das nicht ohne weiteres angenommen werden könne. Wenn der Verkauf unzüchtiger Bilder unter die Straf-

vorschrift des § 184 StGB falle, so sei "demzufolge nicht nur das zugrundeliegende Rechtsgeschäft, sondern auch die zu deren Erfüllung dienende Einigung, die auch von der Strafvorschrift erfaßt werde, ein verbotenes Rechtsgeschäft und daher nach § 134 BGB nichtig". Insofern der Verkauf gegen die guten Sitten verstoße, so sei "im einzelnen Fall zu untersuchen, ob mit Rücksicht auf die konkreten Umstände eine Fortdauer des dem Kausalgeschäft anhaftenden Willensmangels bei Vornahme der Einigung anzunehmen sei und ob aus diesem Grunde die Einigung für sich betrachtet nach § 138 BGB nichtig sei".

Nach dieser Entscheidung soll es also auf den Einzelfall ankommen, ob die Übereignung wegen beiderseitigen Sittenverstoßes nichtig und der Käufer Eigentümer geworden sei. Allerdings ist hier zu beachten, daß das Übertragungsgeschäft selbst - durch die weitere Auslegung, die das Reichsgericht dem Begriff "Verkaufen" in dieser Strafbestimmung gibt - das Vergehen darstellt, das zur Einziehung Anlaß gibt. Schon die Verbotswidrigkeit führt hier also zur Nichtigkeit und dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit kommt nur hilfsweise Bedeutung zu.

Würde man - im Gegensatz zu beiden Entscheidungen - die Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB stets auch auf das Erfüllungsgeschäft erstrecken, so hätte das zur Folge, daß die Frage der Tatbeteiligung nur bei dem Leistenden zu untersuchen wäre, wenn das Gericht die Einziehung verfügen will. Denn dieser wäre dann Eigentümer geblieben und an die Eigentümerstellung knüpft § 40 StGB an.

Welche Lösung verdient den Vorzug?

Es spricht viel dafür, die Prüfung der Frage, ob eine Beteiligung vorliegt, bei dem Empfänger vorzunehmen. Denn dieser hat in der Regel für die Zukunft den vollen Sachgenuß an dem Gegenstand, gleichgültig, wem rechtlich das Eigentumsrecht zusteht. Denn der Leistende hat ihm für dauernd den Besitz übertragen und wird ihm diesen in der Mehrzahl der Fälle gar nicht mehr streitig machen. Tut er es dennoch, so fragt es sich, ob er wegen § 817 Satz 2, der dann wohl

auch dinglichen Ansprüchen entgegenstehen müßte⁷²⁾, Erfolg hat. Es muß also davon ausgegangen werden, daß der Empfänger derjenige ist, der tatsächlich durch die Einziehung betroffen wird. Denn er verliert auf jeden Fall den sonst nur schwer entziehbaren Besitz, der Leistende allenfalls ein kaum durchsetzbares Recht. Grundsatz des § 40 StGB ist es aber, daß nur derjenige eine Einbuße erleiden soll, der an dem Vergehen oder Verbrechen beteiligt ist. Dieser Grundsatz würde auf den Kopf gestellt, wenn dem Empfänger der Sachgenuß entzogen wird, weil der Leistende, der höchstens den leeren Titel in Händen hält, eine strafbare Handlung begangen hat. Das aber wäre das Ergebnis der Lösung, die die Nichtigkeitssanktion der Sittenwidrigkeit immer auf das Verfügungsgeschäft ausgedehnt wissen will.

Die abstrakte Lösung, der in der Entscheidung in JW 1907 S.548 1 gefolgt wurde, führt also auch hier wieder zu dem wünschenswerteren Ergebnis.

Sie dürfte auch der Lösung, die die Entscheidung im "Recht" 1904 S.534 für richtig hält - Prüfung des Einzelfalles -, vorzuziehen sein. Denn auch in Fällen der dort erwähnten Art ist der Empfänger der wirklich Benachteiligte. Es wurde aber schon erwähnt, daß die dortige Entscheidung hauptsächlich auf den Gesichtspunkt der Verbotswidrigkeit gestützt ist. Da in einem solchen Falle des beiderseitigen Verbotsverstosses beide Teile die in Frage kommende Strafnorm - und nicht nur die zivilrechtliche Verbotsnorm - verletzt haben, ist eine Einziehung auf jeden Fall berechtigt und die Frage nach den Eigentumsverhältnissen ist mehr theoretischer Natur. Daher scheint mir diese Entscheidung für das vorliegende Problem keine große Bedeutung zu haben.

2. Anlaß, das vorliegende Teilproblem unter einem anderen Gesichtswinkel zu betrachten, bietet die bereits beiläufig erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofs - Strafsenat - vom 7. Mai 1954, die in NJW 1954 S.1292 veröffentlicht wurde (StR 485 S.52). Dieser lag folgender Sachverhalt zugrunde:

72) nach der neueren Ansicht, siehe oben S.15.

Der Angeklagte hatte einer Dirne für die Gewährung des geschlechtlichen Verkehrs 5.-- DM vorleistend übergeben. Nach Vollzug des Beischlafs nahm er dieser das Geld unter Anwendung von Gewalt wieder ab.

Der Bundesgerichtshof entschied, daß der Angeklagte wegen vollendeten Raubes zu bestrafen sei, da er eine fremde bewegliche Sache unter Anwendung von Gewalt der Eigentümerin weggenommen habe. Die Dirne sei nämlich Eigentümerin gewesen. Zwar sei die unsittliche Vereinbarung zweifelsohne nach § 138 BGB nichtig. Das berühre aber das Erfüllungsgeschäft der Geldhingabe im Regelfalle nicht. Ein Ausnahmefall liege aber nicht vor. Es sei vor allem nicht anzunehmen, daß gerade die Übergabe des Geldes als unsittlich anzunehmen sei, nur weil sie vor der Gewährung des Beischlafes von der Dirne gefordert worden sei. Diese von der Vorinstanz vertretene Ansicht sei irrig. Die Vorleistungspflicht des Angeklagten sei ein Teil des nichtigen Grundgeschäftes. Sie berühre die Wirksamkeit der Zahlung nicht. Die Übergabe eines Geldscheines habe keine Beziehung zur Sittenordnung.

Das Gericht bejaht auch hier wieder den Eigentumserwerb der Klägerin. Soweit es der Ansicht des Landgerichts, die geforderte Vorleistung mache auch das dingliche Geschäft nichtig, entgegentritt und sich damit in Widerspruch zu der Entscheidung in RGZ 145 S.162 setzt, ist sein Spruch schon oben gewürdigt worden⁷³⁾.

Hier ist folgendes von besonderer Bedeutung: Der BGH nimmt zu Lasten des Angeklagten an, daß die Gegenstände, die dieser in Erfüllung einer sittenwidrigen Verpflichtung hingegeben hat, nunmehr für ihn "fremde Sachen" geworden sind. Das Recht des Erwerbers steht unter dem Schutz der strafrechtlichen Eigentumssicherung.

Diese Entscheidung ist auch berechtigt. Der Angeklagte hat den Geldschein aus freien Stücken hingegeben. Er hat dabei ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erklärt,

73) siehe oben S.32.

daß er diesen von nun an als Eigentum der Empfängerin ansehen werde. Ihm geschieht also kein Unrecht, wenn er an dieser seiner eigenen Erklärung festgehalten wird. Außerdem ist auch hier wieder zu beachten, daß es dem Angeklagten wahrscheinlich verwehrt sein würde, die 5.--- DM im Klagewege zurückzufordern. Dann muß es ihm aber auch verboten sein, sich das Geleistete auf eigene Faust wiederzuholen. Käme man zu einem anderen Ergebnis, so wäre das geradezu ein Freibrief, das freiwillig Geleistete wieder zu entwenden, nachdem man die Gegenleistung erlangt hat. Solange man nicht, wie vorliegend, gleich Gewalt anwendet, bleibt man ja straflos! Eine solche Regelung würde den Rechtsfrieden gefährden, da der Schutz des Privateigentums nicht nur im Interesse des Einzelnen erfolgt.

Der Bundesgerichtshof scheint also mit vollem Recht zu Ungunsten des Angeklagten den Rechtserwerb der Dirne anzunehmen.

3. Für die Rückwirkung der Eigentümerstellung auf außervivilrechtliche Tatbestände gibt es weitere Beispiele. Als Beispiel für die strafrechtlichen Folgen sei noch der Unterschlagungstatbestand (§ 246 StGB) untersucht.

Nehmen wir an, der A veräußerte ihm gehöriges Schlossereiwerkzeug an seinen Freund B, um diesem einen Einbruch zu ermöglichen, B gebe aber den Plan, einen Einbruch zu verüben, auf und veräußere die Gegenstände an den Schlossermeister S weiter.

Nach der herrschenden Ansicht hat der B damit über sein Eigentum verfügt. Nicht so, wenn man der Meinung ist, der Erwerb aus sittenwidrigem Grundgeschäft verschaffe kein Eigentum. Dann war es Eigentum des A, das der B an den S veräußerte. Der B hat also über eine fremde bewegliche Sache, die er im Besitz hatte, verfügt und somit den objektiven Tatbestand des § 246 StGB erfüllt. Die Strafbarkeit würde zwar im allgemeinen wegen der schlüssig erklärten Einwilligung des Leistenden und aus Mängeln im subjektiven Tatbestand entfallen. Jedoch sind Fälle denk-

bar, in denen auch diese Voraussetzungen erfüllt sind. Nehmen wir an, der A habe, als er von der Aufgabe der Einbruchspläne hörte, die Geräte von B herausverlangt, etwa um das Verbrechen selbst auszuführen, und B habe die Berechtigung dieses Rückgabeverlangens für möglich gehalten. Dennoch habe er die Geräte weiterverkauft, schon um den A von der Straftat abzuhalten. Nach dem Wortlaut des § 246 StGB müßte nunmehr eine Bestrafung des B erfolgen, wenn man den A weiterhin für den Eigentümer hält.

Eine solche Bestrafung wäre aber nicht berechtigt⁷⁴⁾. Die in Frage stehenden Gegenstände sind dem Empfänger B mit Willen des A zur freien Verfügung übertragen worden. Es geht nicht an, es der Willkür und Boshaftigkeit des A zu überlassen, durch Rücknahme der Einwilligung nunmehr die Weiterveräußerung zur Straftat werden zu lassen. Würde der A versuchen, die Geräte von B zurückzufordern, so würde er wegen der schon mehrfach erwähnten weiteren Auslegung des § 817 Satz 2 BGB⁷⁵⁾ auf Schwierigkeiten stoßen. Trotzdem soll es strafbar sein, wenn der B dieses undurchsetzbare Eigentumsrecht des A, dessen Gegenstand er unbehelligt in Händen hält, zum Untergang bringt. Bürgerlich-rechtlich würde man dem B den vollen Sachgenuß selbst dem Anspruch des Eigentümers A gegenüber belassen (falls die Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB Anerkennung findet), ihn also weitgehend einem Eigentümer gleichstellen. Dann kann es aber auch nicht strafrechtlich erheblich sein, daß sich derselbe B durch die Weiterveräußerung "wie ein Eigentümer geriert".

Hier führt somit ebenfalls die Aberkennung des dinglichen Rechtserwerbs zu unerwünschten Schwierigkeiten.

4. Auch für die Rückwirkung auf Tatbestände des öffentlichen Rechts ist die Wirksamkeit der Verfügungsgeschäfte wünschenswert, da sie klare Verhältnisse schafft. So erscheint es beispielsweise lebensnaher, den Empfänger und nicht den Leistenden für polizeipflichtig zu halten, wenn

74) a.A. Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, S.11.

75) siehe oben S.23 ff.

durch den polizeiwidrigen Zustand des Leistungsgegenstandes die öffentliche Ordnung gestört wird. Der Leistende wird vielfach überhaupt nicht in der Lage sein, in einem solchen Falle einen polizeigemäßen Zustand herzustellen.

5. Allzu große Bedeutung kann den vorstehenden Erwägungen für das Gesamtproblem dieser Arbeit jedoch nicht zukommen.

Die Abhängigkeit der Strafnorm - und das muß entsprechend auch für Rechtsnormen anderer Gebiete gelten - von der zivilrechtlichen Figur des Eigentums ist ja keine denkgesetzlich oder systematisch notwendige⁷⁶⁾, sondern lediglich ein rechtstechnischer Behelf. Daher kann sie nur für den Regelfall, für den sie gedacht ist, gelten, und Ausnahmen müssen wie bei jeder Verweisung dieser Art möglich sein. Tatsächlich hat ja die Rechtsprechung gerade auf dem Gebiet des § 246 StGB schon Durchbrechungen zugelassen, so in dem durchaus vergleichbaren Fall des anfechtbaren Rechtsgeschäfts. Wird nämlich die Übereignung einer Sache angefochten, so gilt sie nach § 142 II BGB als von Anfang an nichtig. Der Erwerber wird also aufgrund dieser gesetzlichen Fiktion so behandelt, als habe er die Sache nie zu Eigentum besessen. Verfügt er über sie vor Erklärung der Anfechtung, also zu einem Zeitpunkt, in dem er noch gar nicht wissen kann, daß ihm das Eigentum an der Sache streitig gemacht wird, so hätte er dennoch durch die in § 142 BGB bestimmte Rückwirkung eine Unterschlagung begangen. Diese lebensfremde Folgerung wird von der Rechtsprechung jedoch abgelehnt. So hat das Kammergericht entschieden, daß die Sache bis zur Ausübung des Anfechtungsrechts im Rahmen des § 246 StGB als eigene des Erwerbers gilt (KG in JW 1930 S.943).

Die gleiche Möglichkeit zu einer berichtigenden Auslegung böte sich auch bei den sittenwidrigen Geschäften. Allerdings würde das nicht zutreffen, soweit es sich um

76) so Brunas Befreiung d. Strafr. S.75/76 mit Verweisung auf H.Meyer, "Gerichtssaal" 104/110.

eine Auslegung zu Ungunsten des Täters handeln würde. In dem von dem BGH entschiedenen Fall wäre eine solche Korrektur also nicht möglich.

Kein Hindernis für die berichtigende Auslegung wäre es, daß nunmehr der gleiche Begriff im Bürgerlichen Recht und im öffentlichen Recht verschieden ausgelegt würde. Denn diese an und für sich unerfreuliche Erscheinung findet sich auch jetzt schon in unserem Rechtssystem, so beispielsweise bei der Auslegung des Begriffes "Besitz" in den §§ 854 ff. BGB einerseits und dem § 246 StGB andererseits.

Wegen dieser Möglichkeit einer korrigierenden Auslegung, wenigstens zugunsten des Täters, kann also der Rückwirkung der Entscheidung über das dingliche Schicksal des Erfüllungsgeschäftes auf das Strafrecht nur beschränkte Bedeutung zukommen. Im übrigen erscheint es unangebracht, von einer Verweisung auf die wünschenswerte Auslegung der Grundnorm zu schließen.

IV. Das Interesse des Eigentümers des Leistungsgegenstandes

Wenn der Eigentümer des Leistungsgegenstandes nicht - wie das in der Regel der Fall sein wird - ein Partner des Sittenverstoßes ist, sondern außerhalb der sittlich anstößigen Vertragsbeziehung steht, so fragt es sich, ob sein Interesse Bedeutung für die eine oder andere Lösung haben kann.

1. Welcher Interessenkonflikt gemeint ist, sei an folgenden Fall dargestellt, da die höchstichterliche Judikatur einen Sachverhalt dieser Interessenlage bisher nicht entschieden hat:

Die Firma F überläßt dem Vertreter V ein Schweißgerät zu kommissionsweisem Verkauf. V veräußert dieses Gerät zu einem überhöhten Preis an seinen Schulfreund S weiter, der das Gerät, wie der V weiß, ausschließlich zu Einbruchszwecken verwenden will. S glaubt ohne Fahrlässigkeit, der

Apparat stehe im Eigentum des V. Es fragt sich, ob die Firma F Eigentümerin geblieben ist oder ob S das Eigentum kraft seines guten Glaubens erworben hat.

Zweifellos ist die Rechtsgrundvereinbarung zwischen S und V sittenwidrig und nichtig. Die Frage ist aber auch hier wieder, ob das dingliche Verfügungsgeschäft der Übereignung ebenfalls nichtig macht. Bejaht man diese Frage, so hat der S vorliegend kein Eigentum an dem Gerät erworben. Dieses ist vielmehr bei der Firma F verblieben, die es also zurückfordern kann.

Hält man dagegen an der Gültigkeit der Erfüllungsgeschäfte bei sittenwidriger Rechtsgrundvereinbarung fest, so hat der S gutgläubig Eigentum an dem in Rede stehenden Gerät erlangt. Er kann somit nicht auf dessen Herausgabe verklagt werden. Allenfalls kann der Strafrichter das Gerät einziehen (§ 40 StGB).

2. Es läßt sich also ein durchaus gerechtfertigtes Interesse des Eigentümers feststellen: Dieser soll keinen Rechtsverlust zugunsten des auf unsittliche Art Erwerbenden, hier des Einbrechers, erleiden.

Fraglich ist jedoch, ob dieses Interesse für die Entscheidung des vorliegenden Problems Gewicht haben kann.

Der Rechtsverlust der Firma F geschieht aufgrund einer gesetzgeberischen Interessenentscheidung, die im Prinzip als durchaus gesund anzusprechen ist. Wer seinen Besitz freiwillig aus den Händen gibt, begründet damit den Anschein der Rechtsinhaberschaft in der Person seines Besitznachfolgers. Wird jemand durch diesen Rechtsschein getäuscht, so soll dessen Interesse dem des früheren Besitzers und Eigentümers vorgehen.

Soweit man vorliegend nur die Verliererseite betrachtet, so läßt sich keine Abweichung von der allgemeinen Interessenlage feststellen. Auch der Firma F kann man entgegenhalten, sie solle "ihren Glauben da suchen, wo sie ihn verloren habe", nämlich bei V, dem sie den Besitz anvertraute.

Hier ist aber die Erwerberseite nicht wie sonst schutzwürdig: S. hat seinen Erwerb aus einem sittenwidrigen und nichtigen Rechtsgeschäft hergeleitet.

3. Dieser Besonderheit läßt sich aber auf andere Weise begegnen.

Das Gesetz gibt dem Rechtsinhaber, der auf Grund des Gutgläubenschutzes einen Rechtsverlust erleidet, einen direkten Anspruch gegen den Erwerber, wenn der Erwerb unentgeltlich erfolgte, sieht also die lukrative causa als nicht stark genug an, einen Erwerb auf Kosten eines anderen zu rechtfertigen (§ 816 I Satz 2 BGB).

In der Rechtsprechung und Rechtslehre wird zu dem Grundgedanken dieser Bestimmung folgende Analogie gezogen: Wenn schon die lukrative, aber gültige causa keinen Rechtsschutz begründen könne, so dürfe das umso weniger von dem nichtigen Rechtsgrundgeschäft gelten⁷⁷⁾. Daher müsse auch in diesen Fällen dem Entreicherten die "Durchgriffskondiktion" unmittelbar gegen den Erwerber gestattet werden.

Ob diese Erweiterung des § 816 BGB allgemein berechtigt ist, kann zweifelhaft sein⁷⁸⁾. Durch einen direkten Durchgriff des Entreicherten werden nämlich dem Leistungsempfänger Einreden abgeschnitten, die bei einem nichtigen zweiseitigen Geschäft - im Gegensatz zu dem lukrativen Grundgeschäft mit einseitig begünstigendem Charakter - für die Abwicklung des gescheiterten Geschäftes von großer Bedeutung sein können und die der Gesetzgeber bei Ausgestaltung des

77) Oertmann, Anm. 5 b zu § 816 und in JW 34 S. 2459 vorletzter Absatz; für § 988 BGB RGZ 163 S. 348 (Großer ZS); Barocerus-Lehmann, § 225 I 2 mit Nachweisen (die Interessenlage des § 988 BGB entspricht m.E. der des § 816 BGB, so daß die gleiche Behandlung gerechtfertigt erscheint, in RGZ 163 S. 348 ist diese Frage offengelassen); Krawielicki, S. 308; Willburg, S. 119; Boehmer, Grundlagen II 2 will zwischen redlichen und unredlichen Erwerber unterscheiden.

78) abgelehnt bei v. Tuhr, Allg. Teil II 2 S. 141; v. Caemmerer in Festschrift für Boehmer 1954 S. 145 ff. weist besonders darauf hin, daß Sinn des gutgläubigen Erwerbs Schutz des Käufers gegen Ansprüche dritter Eigentümer sei.

Gutglaubensschutzes als berechtigt anerkannt hat.

Handelt es sich aber um ein beiderseitig sittenwidriges Grundgeschäft, so verlieren diese Bedenken an Überzeugungskraft, da hier der Gesetzgeber einer solchen Abwicklung durch Schaffung des § 817 Satz 2 BGB sowieso den Boden entzogen hat. Wie schon dargelegt, wird diesen Ausgleichsinteressen vielmehr jeder Rechtsschutz versagt. Sie sollten daher m.E. einer sonst wünschenswerten Anwendung des § 816 I Satz 2 BGB nicht im Wege stehen⁷⁹⁾.

Diese Lösung über § 816 BGB schafft aber vorliegend einen interessegemäßen Ausgleich zwischen dem Verlierer und dem Erwerber auf Grund sittenwidriger, nichtiger causa. Die andere Lösung - Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes - würde den Entreicherten auch jedem anderen gegenüber vorziehen. Das ist wegen der klaren gesetzgeberischen Entscheidung gegen diesen auf Grund der §§ 932 ff. BGB schwer zu rechtfertigen.

Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß es sich bei der vorliegenden Interessenlage um einen Ausnahmefall handelt, aus dem Folgerungen für eine allgemeine Lösung des vorliegenden Problems kaum gezogen werden können.

V. Das Sittlichkeitsinteresse

Es fragt sich weiter, welche Bedeutung den Interessen zukommt, denen der § 138 BGB sein Dasein überhaupt verdankt: Den Interessen der Allgemeinheit an dem sittegemäßen Verhalten der Rechtsgenossen.

1. Eine bewußte Stellungnahme der höchstgerichtlichen Judikatur zu diesen Interessen gibt es aus dem Grunde nicht, weil sie in jedem Fall, der § 138 BGB berührt, in Frage ste-

⁷⁹⁾ anders Krawielicki Ihering Jahrb.81 (1931) S.324: auch eine Verfügung nach § 817 BGB sei nicht unentgeltlich; auch v.Caemmerer in Festschrift für Boehmer S.154 ff.: § 817 Satz 2 BGB gelte auch gegenüber dem wahren Eigentümer, wenn ein entgeltlicher Erwerb vorliege.

hen. Die Problemlage sei deshalb an folgenden Beispielen erörtert.

Als Beispiel sei zunächst der einfache Fall gewählt, daß der A der Dirne D für geschlechtliche Hingabe eine Geldsumme übereignet, oder daß der Y seinen Freund F durch die Übereignung eines Aktienpakets dazu verleitet, vor Gericht zu seinen Gunsten eine falsche Aussage zu machen und zu beschwören.

Welche Lösung erfordern hier die von Heck sogenannten "Sittlichkeitsinteressen"? Heck ist der Meinung⁸⁰⁾, daß sie auch die Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte verlangen. Er wirft in seiner Untersuchung folgende Frage auf: "Ist eine dingliche Rechtsänderung geeignet, die Sittlichkeitsinteressen in der durch § 138 BGB verpönten Art zu verletzen?"

Diese Frage will Heck bejahen.

Das Kausalgeschäft, so führt er aus, sei deshalb ungültig, weil durch seine Gültigkeit die Rechtsordnung den unsittlichen Zweck fördern würde. Dasselbe habe aber auch von der Übereignung zu gelten. Auch diese sei ein Schritt zu demselben Zweck. Eine Rechtswirkung, die ihr verliehen werde, müsse den gleichen Erfolg zeitigen wie die Gültigkeit des Kausalgeschäfts. "Es dürfte doch unbestreitbar sein", so schließt Heck, "daß die Gefährdung der sittlichen Interessen durch die Wirkung des dinglichen und des obligatorischen Geschäfts gleich groß ist und daß die Rechtsordnung den gleichen Anlaß hat, ihren Schutz zu versagen."

Ist das so unbestreitbar? Ist die Gefährdung der sittlichen Interessen durch die Wirkung beider Geschäfte tatsächlich ebenso groß, so daß sich aus diesem Gesichtspunkt die Gleichbehandlung gebietet?

Diese Frage zwingt dazu, die praktische Auswirkung der Nichtigkeit beider Geschäfte zu untersuchen.

Würde man dem Verpflichtungsgeschäft trotz der sittenwidrigen Abreden rechtliche Wirksamkeit verleihen, so hieße das: Die Rechtsordnung gebietet den Parteien, die sitten-

80) Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts § 30,9 S.122.

widrigen Vereinbarungen auch wirklich durchzuführen. Sie würde der Dirne D gebieten, sich dem A hinzugeben, dem A, sie dafür zu bezahlen; sie würde dem F gebieten, einen Meineid zu leisten, dem Y, dafür die Aktien zu übereignen. Ja, würde einer der Parteien diesem Gebot nicht Folge leisten, so könnte die Durchführung von Rechts wegen erzwungen und vollstreckt werden, soweit das bei den gewählten Beispielen überhaupt durchführbar ist. Die amtlichen Rechtsprechungs- und Vollstreckungsorgane würden also bei der Erreichung der unsittlichen Ziele Hilfestellung leisten. Daß das nicht anständig ist, bedarf kaum einer weiteren Ausführung. Die Rechtsordnung, die selbst ihre Autorität aus dem Bereich des Sittlichen herleitet⁸¹⁾, kann sich nicht zum Handlanger des Sittenverstoßes machen. Der A und die D, der Y und der F müssen sich von ihren sittenwidrigen Bindungen lossagen können, ohne rechtliche Nachteile gewärtigen zu müssen, die sie veranlassen könnten, gegen eine inzwischen gefaßte sittengemäßere Entscheidung doch noch die Leistung zu dem verpönten Zweck zu erbringen. Auf keinen Fall dürfen sie durch staatlichen Zwang zur Erfüllung angehalten werden. Das Verpflichtungsgeschäft kann daher wegen der Sittlichkeitsinteressen nicht als rechtsverbindlich anerkannt werden⁸²⁾.

Wie steht es nun, wenn der Vertrag bereits erfüllt ist? Von einem Leistungszwang und von Handlangerdienst kann nun nicht mehr die Rede sein. Denn die Leistung ist ohne den Zwang der Rechtsorgane schon freiwillig erfüllt worden. Es müssen also andere Gesichtspunkte sein, die die Nichtigkeit des dinglichen Geschäftes wegen Verletzung der Sittlichkeitsinteressen wünschenswert erscheinen lassen.

Der erste gegebenenfalls in Frage kommende Gesichtspunkt könnte die Erwägung sein, das auf Grund einer unsittlichen Abrede getroffene Verfügungsgeschäft müsse wieder rückgängig gemacht werden. Es gehe nicht an, der Verfügung, die gegen die Gebote der Sittenordnung vollzogen worden sei, Bestand zu verleihen.

81) Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie S.159.

82) so überzeugend: Ludwig Mitteis, Festschrift für Wach, S.26 und 27.

Bei solcher Argumentation erhebt sich zunächst die Frage, ob diese Rückgängigmachung den Sittenverstoß wieder aus der Welt schafft. Im allgemeinen richtet sich das sittliche Gebot nicht gegen die Zuordnung eines Gegenstandes zu dieser oder jener Vermögensmasse. Ob die Dirne D oder ihr Besucher A über einen bestimmten Geldbetrag verfügen, ist, vom ethischen Standpunkt aus betrachtet, gleichgültig. Erheblich ist, daß dieser Betrag für die geschlechtliche Hingabe gegeben wurde. Ob der Y oder sein Freund F Herr der Aktienpakete ist, interessiert in moralischer Hinsicht nicht. Anstoß erregt vielmehr die Tatsache, daß die Leistung vereinbart wurde, um den Y zu einem Meineid zu veranlassen. Gesinnung und Absicht der Handelnden sind in der Regel Gegenstand der sittlichen Ordnung und nicht eine bestimmte Vermögenszuordnung. Demzufolge hat auch eine Rückübertragung, vom Standpunkt der Sittenordnung aus gesehen, keine Bedeutung. Denn das Ergebnis des Übertragungsaktes kann zwar rückgängig gemacht werden, nicht aber sein Wie und Wozu, woran die Sittenordnung Anstoß nahm. Der Sittenverstoß selbst wird also nicht ausgelöscht. Dieser Gedanke wird für die Schaffung des § 817 Satz 2 BGB mitbestimmend gewesen sein.

Um der Tilgung des Sittenverstoßes willen läßt sich also die Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte nicht rechtfertigen.

Ein weiterer Gedanke für die Begründung der Nichtigkeit der dinglichen Geschäfte könnte die Erwägung sein, die Allgemeinheit müsse gewarnt werden, sich mit derartigen Geschäften abzugeben. Der mögliche nachträgliche Verlust, der durch eine Erstreckung der Nichtigkeit auf die Verfügungsgeschäfte bewirkt werde, würde eine zusätzliche Abschreckung für jedermann bedeuten, die sittliche Ordnung zu mißachten. Der Gedanke der Generalprävention sei es, der die Nichtigkeit erfordere. Niemand solle sich des auf unsittliche Weise Erlangten freuen können.

Dazu läßt sich sagen: Die Idee der Generalprävention ist dem Strafrecht entlehnt. Ihre Anwendung auf zivilrecht-

lichem Gebiet erscheint daher schon aus grundsätzlichen Erwägungen bedenklich. Unser Recht kennt nicht wie das römische Recht die *actio punitiva*. Sie hat das Einziehungsrecht des Fiskus bei sittenwidrigen Geschäften, wie sie das Preussische Allgemeine Landrecht kannte⁸³⁾, bewußt abgelehnt. Damit hat sie zu erkennen gegeben, daß sie Ausgleich will und nicht - auch nicht sekundär - strafrechtliche Zwecke verfolgt wie etwa Sühne oder Abschreckung.

Auf jeden Fall aber scheint bei einem beiderseitig sittenwidrigen Geschäft der Gedanke der Abschreckung fehl am Platze zu sein. Hier handeln ja beide Vertragsteile entgegen der sittlichen Ordnung. Eine Bestrafung einer Vertragsseite bedeutet aber notwendigerweise einen Wertzuwachs, also eine Belohnung für die andere Vertragspartei, die doch gleich unsittlich gehandelt hat. Wie sehr auch das Schicksal der einen Vertragspartei die Allgemeinheit vielleicht abschrecken würde, in eben demselben Maße müßte der Gewinn seines Vertragspartners zum Sittenverstoß reizen.

An diesen Erwägungen ändert sich auch nichts, wenn man die erweiterte Auslegung des § 817 Satz 2 BGB befürwortet⁸⁴⁾. Zwar würde in diesem Fall eine Belohnung nicht eintreten, da ja der Berechtigte an der Rückforderung gehindert ist. Auf der anderen Seite würden nun aber die Empfänger auch nicht "bestraft", da sie ja in ungeschmälerten Besitz der übertragenen Güter bleiben würden (mit Ausnahme des Falles, daß der Veräußerer über fremde Sachen verfügen würde). Allerdings wären sie vom Erwerb des Rechtstitels für dauernd ausgeschlossen. Das berührt aber ihren tatsächlichen Sach- oder Rechtsgenuß nur in beschränktem Umfange. Der Gesichtspunkt der Abschreckung greift also auch hier nicht durch.

Es haben sich also keine sittlichen Interessen finden lassen, die die Notwendigkeit einer Erstreckung der Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB auf die Verfügungsgeschäfte hätten rechtfertigen können.

83) ALR I 16 205/206, 209, oben Fußnote 3).

84) wie oben auf den Seiten 23 ff.

2. Im Schrifttum wird vielfach eine andere Meinung vertreten. So sieht Ludwig Mitteis in einer Nichtigkeitsklärung eine interessenmäßig durchaus sinnvolle Reaktion, nämlich die "Verfolgung der Sittenwidrigkeit in ihre Schlupfwinkel". Diese gehe aber über das "Postulat der Moral im Recht weit hinaus". Daher sei sie abzulehnen⁸⁵⁾. Im Ergebnis stimmt Mitteis also einer Unterscheidung der obligatorischen und dinglichen Geschäfte hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge durchaus zu.

Anders dagegen Heck. Er kommt, von ähnlichen Erwägungen ausgehend, zu einem anderen Ergebnis und führt das an folgendem Fall⁸⁶⁾ aus:

"A plant einen Terrorakt, etwa ein großes Sprengstoffattentat gegen eine Behörde an besuchtem Platz, das im Falle des Gelingens zahlreiche Menschenleben Unbeteiligter vernichten würde. Wenn er von dem Mitwirkenden B zu diesem Zweck Sprengstoff in Kisten kauft, so ist das Kaufgeschäft nach § 138 BGB nichtig. Denn durch die Gültigkeit würde ja die Rechtsordnung das Attentat fördern. Aber auch die Überzeugung durch den Mitwirkenden B an A ist ein Schritt zu demselben Zweck. Eine Rechtswirkung, die dieser Handlung verliehen würde, müßte die gleiche Wirkung haben wie die Gültigkeit des Kaufes. Denken wir uns, daß die Sprengstoffkisten Eigentum des X waren und von B bei der Veräußerung an A unterschlagen wurden. Soll der A nach § 932 BGB Eigentümer werden und dadurch in die Lage kommen, das Attentat auszuführen? Soll der Richter, der die Sachlage kennt, in dem Rechtsstreit zwischen X und A dem A das Eigentum zusprechen und dadurch das Attentat fördern? Es dürfte doch unbestreitbar sein, daß die Gefährdungen der sittlichen Interessen durch die Wirkung des dinglichen Geschäfts wie des obligatorischen gleich groß sind und daß die Rechtsordnung gleichen Anlaß hat, ihren Schutz zu versagen."

Sind die sittlichen Interessen wirklich durch die Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts gleich stark gefährdet,

85) Ludwig Mitteis, Festschrift für Wach, S. 27.

86) Heck, Grundr.d.Sachenr., § 30 Ann. 9 S. 122 ff.

wie sie es durch die Gültigkeit des Grundgeschäfts sein würden? Anerkennung des obligatorischen Geschäfts würde doch bedeuten, daß der B, auch wenn ihn seine Mitwirkung reuen würde, verpflichtet wäre, den Sprengstoff zu liefern.

Die Gültigkeit der Übereignung bedeutet demgegenüber nur die Anerkennung eines nun einmal ohne Mitwirkung des Rechts geschaffenen Zustandes. Auch hier läßt sich wieder sagen, daß der eigentliche Gegenstand des sittlichen Anstoßes nicht die Übereignung selbst war oder die dadurch geschaffene Güterzuordnung. Man mag es als gefährlich oder wenig wünschenswert betrachten, wenn ein Attentäter über Explosivstoffe verfügt. Als sittlich anstößig wird man diese Tatsache aber kaum werten können. Denn sonst müßte man die gleiche Wertung treffen, wenn derselbe Attentäter denselben Sprengstoff im Wege der Erbfolge erwirbt oder wenn er den Sprengstoff bereits früher zu einem erlaubten Zweck erworben hat und nun, nachdem er den Attentatplan gefaßt hat, weiter als Eigentum besitzt.

Sittlich verwerflich ist vielmehr nur das Hinwirken der Vertragspartner auf diesen der Allgemeinheit abträglichen Zustand, die Verabredung, den gemeingefährlichen Absichten des A Vorschub zu leisten. Mit vollendeter Übereignung ist dieser Sittenverstoß aber abgeschlossen. Eine Rückabwicklung könnte ihn nicht mehr ungeschehen machen. Der Makel des gemeinschädlichen Verhaltens, also der Kern des vorliegenden Sittenverstoßes, würde dadurch nicht ausgelöscht.

Dennoch bleibt es unbefriedigend, wenn eine Güterlage bestehen bleibt, die den Interessen der Allgemeinheit widerspricht. Es kann nicht gleichgültig lassen, in wessen Händen der Sprengstoff verbleibt. Mag er bei dem Mitwirkenden B in denkbar schlechten Händen sein, besser verwahrt also bei dem zu allem entschlossenen Täter scheint er dort doch. Darüber hinaus hat aber Heck noch den behördenfreundlicheren wahren Eigentümer X in den Fall eingeführt. Sicherlich wäre dessen Gewahrsam an dem Sprengstoff wünschenswert. Aber - und das ist die entscheidende Frage - sind es die sittlichen Interessen, die das wünschen lassen? Ist es die Erwägung, daß die Rechtsordnung, die ihre Autorität aus dem Sittlichen ableitet,

sich nicht mit dieser Wertordnung in Widerspruch setzen kann? Oder ist es nicht so, daß hier neben diese Interessen und verknüpft mit ihnen noch andere Allgemeinbelange treten: das Selbstschutzinteresse des Staates und seiner Organe und das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung und an dem Schutz von Leib und Leben seiner Staatsbürger?

Sicher liegt gerade in der bewußten Nichtachtung dieser Belange der Verstoß gegen die sittliche Verhaltensnorm. Das Hinwirken auf die den Gemeininteressen abträgliche Rechtslage ist somit sittenwidrig. Die auf Grund dieser Tätigkeit begründete neue Güterlage selbst wird aber, wie schon dargelegt, von dem sittlichen Vorwurf nicht mehr erfaßt. Sie verletzt nur noch die genannten Allgemeinbelange.

Hier erhebt sich jedoch die Frage, ob nicht das Nichtigkeitsgebot des § 138 I BGB auch diese Allgemeininteressen die in so enger Verknüpfung mit den Sittlichkeitsinteressen stehen und erst den Anlaß zur Beeinträchtigung der letzteren geben, schützen will. Gerade die Verletzung der Allgemeininteressen gibt dem Geschäft ja erst den unsittlichen Charakter.

Diese Frage müßte bejaht werden, wenn die Nichtigkeit auch der Verfügungsgeschäfte sich für diese Allgemeinbelange als sinnvoll erwiese. Trifft das aber zu?

Bei Nichtigkeit der Übereignung des Sprengstoffes wäre der Attentäter A nicht Eigentümer geworden. Auf eine Klage des Eigentümers würde der A also zur Herausgabe verurteilt, und die Durchsetzung dieses Anspruches könnte im Vollstreckungswege erzwungen werden, sicherlich Erfolge, die der Gefährdung der in Betracht kommenden öffentlichen Belange entgegentreten.

Aber schon auf den ersten Blick zeigt sich, daß sie wohl kaum zweckentsprechende Abwehrmaßnahmen sind. Der fehlende Rechtstitel wird den A kaum hindern, das Attentat auszuführen. Hierzu genügt der Besitz an den Sprengkörpern. Zwar nimmt eine Verurteilung mit anschließender Zwangsvoll-

streckung dem Attentäter auch den Besitz an dem Sprengstoff. Dieser Weg bedeutet aber bei normalem Geschehensablauf keinen wirksamen Schutz der Allgemeinheit. Denn einmal ist die private Rechtsverfolgung zu langwierig, um ein Attentat verhindern zu können, sodann ist es vollkommen in das Belieben des Berechtigten gestellt, ob er den Rechtsweg überhaupt beschreiten will. Der zivilrechtliche Anspruch und seine Durchsetzung sind eben ganz auf das Privatinteresse zugeschnitten und nicht auf die zu schützenden öffentlichen Belange. Zu deren Wahrnehmung sind nicht der Zivilrichter und der Gerichtsvollzieher die berufenen Organe, sondern der Polizeibeamte und der Staatsanwalt.

Das hat seinen guten Grund. Der Schutz der öffentlichen Interessen ist nicht der Privatrechtsordnung anvertraut. Diese hat nur den Ausgleich der Einzelinteressen zum Gegenstand, selbstverständlich auch mit Rücksicht auf die Belange der Allgemeinheit, deren Glieder die Einzelrechtsträger sind. Daher lehnt sie auch Verträge ab, die ihr eine Handlangerstellung gegen die Gemeinschaftsinteressen aufzwingen würden. Die spezifischen Belange der Allgemeinheit aber, wie etwa der Selbstschutz des Staates und der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind Gegenstand des öffentlichen Rechts⁸⁷⁾. Es ist dessen Funktion, die Allgemeinbelange gegenüber denen der Staatshoheit Unterworfenen wahrzunehmen. Die Bestimmungen des öffentlichen Rechts, wie des Polizeirechts, des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts, werden dieser Aufgabe gerecht. Sie statten die öffentlichen Organe mit den erforderlichen Mitteln aus, die staatlichen Interessen durchzusetzen. Beschlagnahme und Einziehung des Sprengstoffes, Verhaftung oder Bestrafung des Attentäters sind die Möglichkeiten zum Schutz der genannten Interessen, die das öffentliche Recht bietet. Ihre Zuhilfenahme, und nicht eine nach anderen privatrechtlichen Gesichtspunkten möglicherweise unerwünschte Auslegung des § 138 I BGB ist das Postulat des von Heck gebildeten Falles.

87) Über den Charakter des öffentl. Rechts als a priori-Begriff und nicht als Ordnungsprinzip, Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 224 ff.

Den öffentlichrechtlichen Maßnahmen steht aber ein Eigentumserwerb des Attentäters durchaus nicht im Wege. Im Gegenteil kann im Einzelfalle durch einen solchen Erwerb eine wünschenswertere Lösung erzielt werden, wie das Beispiel des § 40 StGB⁸⁸⁾ zeigt. Erkennt man dem A das Eigentum zu, so kann der Strafrichter die Einziehung des Sprengstoffes anordnen. Ist aber der Käufer Eigentümer geblieben, so ist eine Einziehung nach § 40 StGB nicht möglich. Die stärkere Berücksichtigung der Allgemeinbelange erfolgt hier also bei Annahme der Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen:

Die Sittlichkeitsinteressen selbst erfordern keineswegs die Nichtigkeit der zwischen dem B und dem Attentäter A getroffenen Verfügung. Durch diese werden zwar die Allgemeininteressen, wegen deren Schädigung die Sittenwidrigkeit ausgesprochen wurde, in Mitleidenschaft gezogen. Dem kann aber durch Anwendung der einschlägigen öffentlichrechtlichen Bestimmungen zweckmäßiger Rechnung getragen werden. Die Nichtigterklärung ist dazu weder geeignet noch sonstwie erforderlich.

Auch die Ausführungen Hecks können also das gefundene Ergebnis nicht beeinflussen.

VI. Das Interesse der Einzelrechtsnachfolger des Empfängers

Das System der abstrakten Rechtsübertragung wird von seinen Befürwortern in der Hauptsache durch den Hinweis auf die Stellung der Rechtsnachfolger des Empfängers oder die durch deren Schutz bedingte höhere Verkehrssicherheit verteidigt. Die Untersuchung dieser beiden Gesichtspunkte verdient also im Rahmen dieser Arbeit besondere Beachtung.

1. Die Interessenlage der rechtsgeschäftlichen Einzelnachfolger des Empfängers sei an folgenden Beispiel gezeigt:

88) siehe oben S.61 ff.

A hat an B ein Bordellgrundstück zu überhöhtem Preis veräußert. B verkauft und übereignet das Grundstück nach Aufgabe des Bordellbetriebes weiter an C. Nunmehr klagt A gegen C auf Rückgabe des Grundstücks, da er Eigentümer des Grundstücks geblieben sei.

Hält man die in Erfüllung eines sittenwidrigen Grundgeschäfts vorgenommenen Verfügungen stets oder jedenfalls in der Regel für wirksam, so muß die Klage des A abgewiesen werden. Der B hat nämlich dann trotz sittenwidrigen und nichtigen Grundgeschäfts Eigentum an dem Grundstück erworben. Er konnte also wirksam über das Grundstück weiterverfügen, so daß C vom Berechtigten - also wirksam - erworben hat.

Vertritt man jedoch die Ansicht, daß auch das Verfügungsgeschäft unter dem Einfluß der Sittenwidrigkeit stets nichtig sei, so wäre B nie Eigentümer des Grundstücks geworden. Er könnte diese Rechte also auch nicht weiterübertragen. C könnte das Grundstück jedoch kraft guten Glaubens erworben haben (§ 892 BGB). War der B, wie anzunehmen ist, ordnungsgemäß im Grundbuch eingetragen, so ist C Eigentümer des Grundstücks geworden und die Klage gegen ihn wäre ebenfalls abzuweisen. Nur wenn dem C die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt gewesen wäre, würde er nicht erworben haben.

Ändert man den Beispielsfall jedoch dahin ab, daß A nicht ein Grundstück, sondern eine Forderung auf B übertragen habe, die B an C weiter abgetreten habe, so führt der Unterschied der Lehrmeinungen zu einem verschiedenen Ergebnis. Denn bei einer Forderungsabtretung besteht die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nicht. Der C, wenn auch völlig gutgläubig hinsichtlich der Berechtigung des B, hätte die Forderung nicht erworben; vielmehr wäre der A Gläubiger geblieben und könnte die Forderungen bei Fälligkeit eintreiben. Einer besonderen Klage gegen den C bedürfte es nicht einmal, sofern C nicht noch im Besitz irgendwelcher Legitimationsausweise ist, ohne die der A das Recht nicht geltend machen kann. Diese könnte der A nach den §§ 952, 985 BGB von dem C herausverlangen.

Es läßt sich also feststellen: Durch die Erstreckung der Nichtigkeitsfolge auf die Verfügungsgeschäfte tritt eine

Schlechterstellung der Rechtsnachfolger des Leistungsempfängers ein. Diese erwerben nicht wie sonst vom Berechtigten. Grundsätzlich bleibt ihnen also der eigene Rechtserwerb versagt.

Das ist allerdings dort nicht der Fall, wo das Gesetz den redlichen Erwerber schützt und der Empfänger gutgläubig ist, wobei Gutgläubigkeit hier Nichtwissen der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bedeutet.

2. Das Reichsgericht hat sich mit der Stellung der Rechtsnachfolger des Empfängers lediglich in zwei gleichgelagerten Fällen beschäftigt. In den Entscheidungen in Warn.Rechtsprechung 1914 Nr.253 und in Warn.Rechtsprechung 1914 Nr.288 handelt es sich im wesentlichen um folgenden Tatbestand: Der Erwerber eines Bordellgrundstücks hat dem Verkäufer eine Restkaufgeldhypothek bestellt. Diese hat der Verkäufer an einen Dritten abgetreten, in der erstgenannten Entscheidung, nachdem er sie zunächst an den Dritten verpfändet hatte. Der Dritte hatte in beiden Fällen Kenntnis davon, daß es sich um ein Bordellgrundstück handele. Er erhebt die dingliche Klage

Das Reichsgericht nimmt, seiner Rechtsprechung getreu, an, daß der Käufer das Grundstück erworben habe und daß eine Hypothek entstanden sei, die jedoch wegen Nichtigkeit der zugrundeliegenden Forderung dem Käufer als Eigentümergrundschuld zusteht. Somit habe der Verkäufer als Nicht-Berechtigter über eine Forderung verfügt. Der Rechtsnachfolger habe die Hypothek - in der ersten Entscheidung zunächst nur das Pfandrecht an der Hypothek - jedoch auf Grund seines guten Glaubens nach den §§ 892, 1138 BGB erworben. Denn er habe zu der Zeit, als ihm im ersten Falle das Pfandrecht, im zweiten Falle die Hypothek übertragen worden sei, die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gekannt. Die Kenntnis, daß es sich um eine "Bordell-Hypothek" gehandelt habe, könne nicht als genügend angesehen werden. Denn die damalige Rechtsprechung (RGZ 63 S.179 ff.) habe die "Bordell-Hypothek" als gültige Hypothek des Bordellverkäufers angesehen. Folglich habe auch der Rechtsnachfolger des Verkäufers aus der ihm bekannten Entstehungsgeschichte der Hypothek nicht auf den Schluß auf

die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu ziehen brauchen. Somit habe der Rechtsnachfolger das Pfandrecht und die Hypothek wirksam erworben, so daß der Klage stattzugeben sei.

In diesen Fällen bewahrt allerdings auch die abstrakte Lösung den Rechtsnachfolger nicht davor, daß er gutgläubig sein muß, um die Hypothek zu erwerben. Das liegt jedoch an der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung. Hätte es sich nicht um eine Hypothek gehandelt, sondern um eine Sache oder ein nicht forderungsabhängiges Recht, so wäre es bei Zugrundelegung der vom Reichsgericht vertretenen Rechtsansicht auf den guten oder bösen Glauben der Rechtsnachfolger nicht angekommen.

3. Die vorausgegangenen Feststellungen werfen die beiden Fragen auf, ob ein Schutz der Interessen der Rechtsnachfolger überhaupt wünschenswert ist, und ob nicht bereits der allgemeine Redlichkeitsschutz diesen Interessen vollauf genügt, ob also auch in den Fällen, in denen es keinen Gutgläubensschutz gibt, das Interesse der Rechtsnachfolger schutzwürdig ist⁸⁹⁾. Zur ersten Frage ist zu sagen: Die Gewährung oder Versagung des Erwerberschutzes beruht auf einer Interessenabwägung. Auf der einen Seite steht der Erwerber, der zur Erlangung des Gegenstandes seine eigene Leistung erbracht hat, auf der anderen Seite der wirklich Berechtigte, auf dessen Kosten sich jeder Erwerberschutz vollziehen würde. Da der Schutz der bestehenden Güterlage wohl das erste Anliegen jeder Rechtsordnung ist, wird im Regelfalle dem Interesse des Berechtigten der Vorrang gegeben. Das findet seinen Ausdruck in dem Rechtsgrundsatz, daß jeder nur die Rechte übertragen kann, die er selbst besitzt. Durchbrochen wird dieser Satz nur dort, wo die Schutzwürdigkeit des Berechtigten herabgemindert und die des Erwerbers gesteigert ist, so daß das Interessengleichgewicht sich gegenüber dem Regelfall verschiebt. Das geschieht in dem von unserer Rechtsordnung anerkannten Fall des Redlichkeitsschutzes.

89) siehe Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, S.25; v. Caemmerer, Ztsch.f.ausl.und intern.Privatrecht, 38/39, S.676, Abschnitt I V, 4 (beide generell verneinend).

Dort hat stets der Berechtigte durch seine eigene Handlung oder Achtlosigkeit dazu beigetragen, daß ein mit seiner Rechtstellung im Widerspruch stehender Rechtsschein entstanden ist, indem er beispielsweise die ihm gehörige Sache aus der Hand gab oder eine fehlerhafte grundbuchliche Eintragung hinsichtlich seines Rechts geduldet hat. Das mindert die Schutzwürdigkeit seiner Interessen. Der gleiche Tatbestand hat aber für den Erwerber eine besondere Vertrauensgrundlage geschaffen. Das gibt dessen Interessen eine gesteigerte Bedeutung: Es erscheint als fast selbstverständlich, daß der Berechtigte sich den von ihm selbst geschaffenen Rechtsschein entgegenhalten lassen muß, sofern ein Dritter durch diesen getäuscht wurde und der ihm erkennbaren Buch- und Besitzlage vertraute. Daher erfolgt in diesen Ausnahmefällen eine Entscheidung zu Gunsten der Erwerberinteressen.

Eine Parallele zu diesen Fällen des Redlichkeitsschutzes bietet aber - vom Interessenstandpunkt aus betrachtet - der Normalfall einer Verfügung, der ein beiderseitig sittenwidriges Kausalgeschäft zugrunde liegt. Hier hat der Rechtsinhaber mehr getan, als nur leichtfertig Besitz- oder Buchlegitimation aus der Hand zu geben: Hier hat er den Rechtsübertragungstatbestand voll erfüllt und durch diesen Akt auch bewußt die Weiterbegebung der Verfügungsgegenstände gutgeheißen. Der geschaffene Rechtsschein entsprach also der von ihm selbst in vollem Umfange gewollten Rechtslage. An der verminderten Schutzwürdigkeit des ursprünglich Berechtigten kann hier also kein Zweifel bestehen.

Besteht aber auch wie im Fall des Gutglaubensschutzes auf Seiten des Erwerbers eine gesteigerte Vertrauensgrundlage?

Sofern es sich um die Übereignung einer beweglichen Sache, eines eingetragenen Rechts oder eines Wertpapiers handelt und der Erwerber in gutem Glauben ist, steht das außer Frage. Hier greift aber ohnehin schon der allgemeine Redlichkeitsschutz ein⁹⁰⁾. Was gilt aber für die anderen Fälle,

90) Wobei aber zu bedenken ist, daß dieser doch wohl auch eine Folge des Abstraktionsprinzips ist, das "den

für die Übertragung von Forderungen und sonstigen Rechten ohne Gutglaubensschutz, oder für die Übereignung von Sachen an bösgläubige Erwerber - in diesem Zusammenhang also solche, denen die Sittenwidrigkeit der vorausgegangenen Verfügung bekannt war und die daraus die entsprechenden rechtlichen Schlüsse zogen -? Besteht auch für diese Fälle ein besonderer Rechtsschein- oder Vertrauenstatbestand, der bei verpönten Verfügungen den Vorzug der Erwerberinteressen rechtfertigt?

Im Falle einer Forderungsübertragung ist zunächst ein äußerlich sichtbarer Tatbestand, der auf die Berechtigung des Zedenten schließen läßt, nicht gegeben. Wer die Forderungen erwerben will, ist gezwungen, das rechtliche Schicksal derselben seit ihrer Entstehung nachzuprüfen. Er muß im Verfolg einer solchen Untersuchung im einzelnen feststellen, wer das Recht begründet hat und welche Verfügungen bisher getroffen worden sind. Natürlich ist eine solche Nachforschung nicht immer möglich. Wo es dem Erwerber aber gelingt, sie erfolgreich anzustellen, wird er dadurch verlässliche Gewißheit über die Berechtigung seines Vertragspartners erhalten.

Wie würde nun eine solche Nachforschung in dem hier zu behandelnden Fall verlaufen, daß eine vorhergehende Verfügung in Erfüllung eines sittenwidrigen Grundgeschäfts erfolgt ist? Nehmen wir an, A habe an B eine Forderung gegen S zu unsittlichen Zwecken übertragen, S habe diese Forderung an einen Dritten zediert. Infolge weiterer Abtretung sei die Forderung schließlich in die Hände des R gelangt. Wenn R sich nun über das Bestehen der Forderung vergewissern will, so würde er wahrscheinlich an den Schuldner herantreten und nach den früheren Gläubigern forschen. Dann würde er er sich an diese wenden. Er würde folglich auch den A fragen, ob er die Forderung an den B abgetreten habe. Die Ant-

.. Eigenbesitz an einer beweglichen Sache ... als den normalen Ausdruck des Eigentums betrachten" läßt. So Hans Doelle in DJZ 1934 S. 1022 (Kritik zu Lange, Boden, Ware, Geld).

wort des A würde vor dessen Entschluß, den Abtretungsvertrag nicht mehr anerkennen zu wollen, bejahend ausfallen. Die gleiche Antwort würde der R von B erhalten. R würde also nunmehr wissen: Beide Partner der derzeitigen Verfügung haben den Rechtsübergang gewollt und dessen vollen Tatbestand verwirklicht. Über die in den Motiven liegende Sittenwidrigkeit wird der G schon deshalb nichts erfahren, weil A und B deren Voraussetzungen tunlichst verheimlichen werden, weil sie dadurch mit einem Vorwurf belastet werden.

Erwirbt R nunmehr das Recht, so tut er das im Vertrauen darauf, daß der volle Rechtsübertragungstatbestand bei der vorausgegangenen Verfügung erfüllt worden ist. In den Fällen des Gutgläubensschutzes genügt es, daß nur der nach außen erkennbare Teil des Verfügungstatbestandes verwirklicht wurde, um einen vertrauenswürdigen Rechtsschein zu begründen. Hier dagegen erstreckt sich das Vertrauen auf den ganzen Tatbestand und nicht nur einen Teil desselben. Der Nacherwerber hat also hier viel mehr Grund, auf einen typischen Lebenstatbestand zu vertrauen, als in den Fällen der §§ 892 oder 932 BGB. Eine weitergehende Nachforschungspflicht kann ihm schlechterdings nicht zugemutet werden. Sofern der Erwerber gutgläubig ist, läßt sich somit sehr wohl ein Interesse an seinem Erwerb begründen.

Läßt sich gleicherweise sagen, daß auch der Bösgläubige auf einen Rechtsschein vertraut? Gut- und Bösgläubigkeit müßten sich hier aus dem Wissen um die Umstände ergeben, die die causa einer vorausgegangenen Verfügung sittenwidrig machen. Daher könnte es in diesem Falle wohl kaum eine grobfahrlässige Bösgläubigkeit geben. Andernfalls müßte man es als grobpflichtwidrige Willensbestätigung ansehen, wenn jemand es unterläßt, in die Motive eines fremden Kausalverhältnisses einzudringen, das zudem noch die Beteiligten diskriminiert und daher von ihnen meistens möglichst verschleiert wird.

Aber selbst der wesentlich Bösgläubige ist nicht jedes Schutzes würdig. Er hat auf die Absicht seiner Rechtsvorgänger vertrauen können, an dem einmal erklärten Willen und

dem dadurch geschaffenen Rechtszustand festzuhalten. Er ist von dem Normalfall der Vertragstreue seiner Rechtsvorgänger ausgegangen. Denn nur für den Fall, daß diese wortbrüchig werden, ist sein Sachgenuß in Frage gestellt. Von dritter Seite kann ihm der Gegenstand nicht entzogen werden, selbst wenn man der Meinung folgt, die seinen Rechtserwerb auf jeden Fall ablehnen will. Auch der Bösgläubige vertraut also auf einen typischen Lebenstatbestand - anders zu entscheiden, hieße den Vertragsbruch als Normalfall ansprechen - und verdient somit wenigstens gegenüber den Partnern des Sittenverstoßes Schutz⁹¹⁾.

Es zeigt sich also auch hier die gleiche, von Normalfall abweichende Interessenlage wie bei den Gutgläubensschutztatbeständen: ein vermindertes Interesse auf Seiten des vormals Berechtigten, durch das ein verstärktes Interesse des Neuerwerbers bedingt ist. Die Entscheidung sollte also der in den Fällen der §§ 932, 892 BGB und anderer Bestimmungen gleichkommen.

Daß der Erwerber vielfach die geschilderten Nachforschungen nicht anstellt, steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Denn auch in den Fällen des Gutgläubensschutzes ist nicht im konkreten Falle erforderlich, daß der Erwerber auf den Rechtsscheintatbestand vertraut hat. Die Eintragung des Rechtsvorgängers im Grundbuch kommt auch demjenigen zugute, der das Grundbuch nicht eingesehen, sondern ohnedem an die Berechtigung des Vormannes geglaubt hat. Die Möglichkeit, die geschilderten Nachforschungen anzustellen, muß also auch hier genügen.

4. Abschließend läßt sich somit feststellen:

Durch eine Ausdehnung der Nichtigkeitsfolge des § 138 I BGB auf die Verfügungsgeschäfte werden die Interessen der Rechtsnachfolger des Leistungsempfängers benachteiligt, wenn

91) Gänzlich a.A.: Heck, Rechtsgeschäft, § 5, 5 S.23. Dabei ist allerdings zu beachten, daß Heck von anderen causamängeln, also auch von einer anderen Interessenlage ausgeht.

ihr Schutz nicht durch die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb an Fahrnis, Wertpapieren und eingetragenen Rechten gewährleistet ist. Die Erwerberinteressen sind aber über diesen Redlichkeitsschutz hinaus auf Grund eines gewissen Rechtsscheintatbestandes, den eine Verfügung mit sittenwidriger causa wirkt, schutzwürdig, während die ihnen entgegenstehenden Belange des vormalig Berechtigten keinen Schutz verdienen.

Die Gültigkeit der Verfügungsgeschäfte trotz sittenwidrigem Grundgeschäft muß also hier befürwortet werden.

5. Es ist offen geblieben, ob die neuerdings angeregte erweiternde Auslegung des § 817 Satz 2 BGB auf dingliche Ansprüche⁹²⁾ an diesem Ergebnis etwas ändern kann. Folgt man dieser Ansicht, so wäre dem Leistenden des verpönten Geschäftes die Möglichkeit genommen, die Leistung von den Rechtsnachfolgern des Empfängers zurückzufordern.

Dadurch allein würde dem Interesse der Neuerwerber jedoch nicht voll Rechnung getragen.

Zunächst einmal würde der Leistende - hält man die Verfügungsgeschäfte mit sittenwidriger causa für nichtig - Gläubiger der Forderungen geblieben sein. Die Sperre des § 817 Satz 2 BGB würde ihn nicht hindern, diese Forderungen von dem Schuldner einzutreiben. Einer Mitwirkung des Zessionars und seiner Rechtsnachfolger bedarf er dazu nur, wenn er die Abtretung an den Schuldner angezeigt hat oder der G im Besitz eines Legitimationsscheines ist. Im Regelfalle würde die Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB auf dingliche Ansprüche bei Forderungsabtretungen somit gar keine Hilfe sein.

Weiterhin bleibt aber auch zu bedenken, daß die Rechtsnachfolger des Leistenden nie Rechtsinhaber würden. Sie hätten zwar den Genuß des Gegenstandes, jedoch mit dem Makel belastet, eine fremde Sache oder ein fremdes Recht zurückzuhalten. Außerdem würden in der Rechtsausübung Schwierigkeiten entstehen können: So wäre die Frage der Fruchtsziehung

§

92) siehe oben S.23 ff.

ungeklärt. Auch wo es sich nicht um eine Forderung handelt, wäre den Erwerbern mit der Erweiterung des § 817 Satz 2 BGB also nur teilweise gedient.

Sie konnte daher in den vorstehenden Ausführungen außer Betracht gelassen werden.

VII. Das Verkehrsinteresse

Dem vorbehandelten Interessen verwandt sind die Belange des Verkehrs.

1. Sollte die Einwirkung von Kausalnägeln auf die Verfügungsgeschäfte als Regel anerkannt werden, so würde es in größerem Maße als heute geschehen, daß jemand sich, obwohl er seine eigene Leistung voll erbracht hat, in der von seinem Standpunkt aus berechtigten Erwartung des Rechtserwerbs getäuscht sieht. Die notwendige Folge wäre, daß niemand eine Sache oder ein Recht erwerben würde, ohne zuvor langwierige oder kostspielige Nachforschungen anzustellen. Vielfach würde der Käufer ganz von dem geplanten Geschäft Abstand nehmen oder sich nur bei großer Wiederverkaufsspanne dazu bereit finden. Das würde letzten Endes auf Kosten der Allgemeinheit gehen. Der volkswirtschaftlich wichtige Güterumsatz würde gehemmt, die Kreditsicherung und damit die Kreditgewährung erschwert werden. Mit der Hintanstellung der Rechtsnachfolgerinteressen, die für das Problem dieser Arbeit soeben untersucht wurden, träge man also gleichzeitig wichtige Allgemeininteressen.

Wegen dieser Auswirkung kommt dem Rechtsnachfolgerinteresse⁹³⁾ also eine erhöhte Bedeutung zu.

93) An diese Schädigung der Rechtsnachfolger knüpft das Verkehrsinteresse an und nicht an das verpönte Geschäft. Daher ist Hecks Kritik verfehlt: "Der Staat hat den unsittlichen Verkehr nicht zu fördern, sondern zu bekämpfen." Heck, Rechtsg. S.41, § 10, 5.

2. Es mag nun eingewandt werden: Allgemein sei aus dem Gesichtspunkt des Verkehrsinteresses zwar die abstrakte Regelung zu fordern. Einer Ausnahme lediglich für den Fall des § 138 I BGB stehe jedoch nichts im Wege. Wegen der Seltenheit dieses Falles brauche eine ungünstige Rückwirkung auf den Güterumsatz nicht befürchtet zu werden.

An dieser Kritik ist soviel richtig: Die Bedeutung des Verkehrsinteresses wird häufig überspitzt. Besonders im Rahmen des § 138 I BGB scheut man sich, "bloße" Individualinteressen ins Feld zu führen, da dieser Paragraph den Nimbus hat, höchste Allgemeininteressen zu wahren. Also schiebt man vor die wirklich gefährdeten Rechtsnachfolgerinteressen die legitimer erscheinenden Verkehrsbelange.

Dennoch wäre es sicher nicht richtig, dem Verkehrsinteresse für die Frage der Unabhängigkeit der Verfügungsgeschäfte von einer sittenwidrigen causa jede Bedeutung abzusprechen. Wenn diese Fälle selten sind, so doch wohl teilweise auch deshalb, weil eben die herrschende Rechtsprechung im allgemeinen von der Wirksamkeit der Verfügungsgeschäfte auch bei sittenwidrigem Kausalgeschäft ausgeht. Würde sich diese Rechtsprechung ändern, so könnten sich Fälle dieser Art häufen. Außerdem konzentrieren sich sittenwidrige Verfügungen vielfach auf bestimmte Geschäftstypen und Geschäftsgebiete, so daß sich auf diesen Teilgebieten ein hemmender Einfluß auf den Güterverkehr schon bald feststellen lassen würde.

Auch das Verkehrsinteresse läßt also die Gültigkeit der Verfügungsgeschäfte trotz Sittenverstoß im Grundgeschäft befürworten.

VIII. Das Interesse der Gesamtrechtsnachfolger

1. Auch für die Gesamtrechtsnachfolger - insbesondere der Erben - der Partner des Sittenverstoßes ist die Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte von Bedeutung.

Hat beispielsweise der Kaufmann K dem Gastwirt G bei der Übertragung eines Bordells Einrichtungsgegenstände zu

überhöhtem Preis verkauft und übereignet, so würden - im Falle der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes - nach dem Versterben des G dessen Erben Eigentümer der Gegenstände werden. Hält man dagegen die Verfügung über die Einrichtungsgegenstände wegen des beiderseitigen Sittenverstoßes für nichtig, so ist der K Eigentümer geblieben. Die Erben des Gastwirts G müßten, auf Herausgabe verklagt, diese Gegenstände an den K oder - falls auch dieser verstorben wäre - an dessen Erben herausgeben⁹⁴⁾.

2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich mehrfach mit dem Schicksal der Erben eines an einem zweiseitigen Sittenverstoß Beteiligten beschäftigt. Von diesen Entscheidungen seien aus später darzulegenden Gründen zunächst diejenigen von der Erörterung ausgeschlossen, bei denen der Sittenverstoß gerade in der Schädigung der Erben liegt. Dann verbleibt lediglich die Entscheidung in RGZ 58 S.204 ff., in der sich das Reichsgericht für die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes entschieden hat. Dort handelte es sich um folgenden Sachverhalt: Der Erblasser L der Kläger hatte an dem Hausknecht und an dem Sohn des Beklagten unzüchtige Handlungen vorgenommen. Als der Beklagte mit einer Strafanzeige drohte, hatte der Erblasser dessen Schweigen dadurch erkaufte, daß er ihm eine größere Schuld erließ. Die Erben verlangen die Bezahlung der Schuld mit der Begründung, daß der Erlaßvertrag nach § 138 Abs.1 BGB nichtig sei.

Auch das Reichsgericht hält die Rechtsgrundabrede für nichtig, sieht jedoch den abstrakten Erlaßvertrag als gültig an. Da eine Kondition des Erlasses wegen § 817 Satz 2 BGB nicht in Frage komme, so führt das Reichsgericht weiter aus, müsse die Klage abgewiesen werden.

Ist dieses Ergebnis wünschenswert oder sollte den Erben des Leistenden der Gegenstand verblieben sein?

Nach der Grundregel des Gesetzes erwirbt der Erbe nur in den Schranken, die auch dem Erblasser gezogen waren, und

94) Falls man nicht die auf den S.38 ff. erwähnte Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB befürwortet.

diese Grundregel ist billig. Der Erbe rückt in die Rechtsstellung des Erblassers ein; aus der Interessenlage, die für den Erblasser bestand, muß sich also auch der Anspruch des Erben auf die ererbten Gegenstände bestimmen. Aus der Person des Erben selbst ergeben sich keine Gesichtspunkte für ein weitergehendes Interesse. Ein Vertrauensschutz zu Gunsten des Erben ist nicht gerechtfertigt, da der Erbe nicht auf einen bestimmten Rechtsschein und eine bestimmte Rechtslage vertraut. An dem Sittenverstoß selbst ist der Erbe des Leistenden zwar nicht beteiligt. Dasselbe gilt aber auch für die Erben des Empfängers, so daß auch aus diesem Gesichtspunkt keine Seite den Vorzug verdient. Die Erben des Empfängers mögen häufig, da der Empfänger in der Regel der letzte Besitzer der übertragenen Gegenstände war, ein gewisses Affektionsinteresse an den Gegenständen haben. Dieses Interesse wird aber von unserer Rechtsordnung bewußt nicht berücksichtigt. Nur der Ehefrau eines Verstorbenen wird aus diesen Gesichtspunkten ein Sachwertanspruch in Form des gesetzlichen Voraus gewährt (§ 1932 BGB). Die Ausgestaltung des Pflichtteilsanspruchs als Geldanspruch zeigt aber, daß der Gesetzgeber sonst der "Familiengebundenheit" der Erbmasse keine Bedeutung zumißt⁹⁵⁾.

Entscheidend für die Stellung des Erben bei sittenwidrigen Verträgen des Erblassers kann also nur das Verhältnis von Veräußerer und Erwerber sein⁹⁶⁾. Entsprechendes gilt für die übrigen Fälle der Gesamtrechtsnachfolge. Ob dann etwas anderes gilt, wenn die Sittenwidrigkeit gerade in der Schädigung der Erben liegt, soll weiter unten in anderem Zusammenhang erörtert werden.

3. Eine andere Interessenlage liegt allerdings dann vor, wenn der Erwerb von Todes wegen auf Grund eines Unterhaltsvertrages im Sinne des § 2295 BGB oder einer ähnlichen Ver-

95) Ob das allerdings richtig ist, ist unstritten.
Siehe die Kritik bei Lange, Jahrb.d.Ak.für Deutsches Recht 35 S.21, Staudinger-Boehmer Einl. § 24.

96) Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft S.22, § 5.

einbarung erfolgt ist. Es sei angenommen, der Gastwirt G, der im Beispielsfall am Anfang dieses Abschnitts erwähnte Erwerber vom Bordellinventar, habe kurz vor seinem Tode den Pensionsinhaber P in einem Erbvertrag zum Erben eingesetzt, und zwar mit Rücksicht auf dessen Verpflichtung, ihn für den Rest seines Lebens zu unterhalten. Hier würde dem P das Erbe auf Grund einer eigenen Leistung zufallen. Diese Leistung hat der P nur erbracht, weil er wegen der nach außen erkennbaren Vermögenslage des G sich einen bestimmten Gegenwert bei dessen Tode versprechen konnte. Er hat also auf einen - falls man nicht der herrschenden Lehre folgt - trügerischen Rechtsschein vertraut. Da der Leistende an der Begründung dieses Rechtsscheins Anteil hatte, sollte er oder seine Erben dem P gegenüber keinen Vorrang haben. Hier liegt also die gleiche Interessenlage vor wie bei einem Einzelrechtsnachfolger des Leistungsempfängers aus einem sittenwidrigen Vertrag. Die gleiche Entscheidung, Gültigkeit des Erfüllungsgeschäftes, ist also auch hier angemessen.

In der höchststrichterlichen Rechtsprechung ist ein Fall dieser Interessenlage bisher nicht entschieden worden.

IX. Das Interesse der Gläubiger

Weiterhin ist die Frage des Schicksals der Verfügungsgeschäfte bei sittenwidriger causa bedeutsam für die Belange der Gläubiger sowohl des Leistenden als auch des Leistungsempfängers. Wird doch die Funktion der dinglichen Güterordnung mit Recht im wesentlichen als eine Verteilung der Insolvenzgefahr bezeichnet⁹⁷⁾.

Diese Gläubigerinteressen stehen in den meisten Fällen in Widerstreit mit den Interessen des Vertragspartners des Schuldners. Meistens handelt es sich um die Frage, ob und wie der Erwerber gegen die Veräußerer-Gläubiger oder der Veräußerer gegen die Erwerber-Gläubiger geschützt wird, solange die in Frage kommende Verfügung noch nicht abgeschlossen oder wenn

97) Wieacker, Wandlungen der Eigent.Verf. S.29 ff.

sie fehlerhaft ist⁹⁸⁾. Wegen der mangelnden Schutzwürdigkeit der Vertragsparteien selbst kann es hier nicht wesentlich auf deren Belange ankommen. Bei einer Verfügung auf Grund eines beiderseitig sittenwidrigen Geschäfts verschiebt sich also das Schwergewicht auf die Frage nach der Verteilung des Insolvenzrisikos unter die beiderseitigen Zwangsvollstreckungsgläubiger.

Bei der Prüfung dieser Frage seien auch hier zunächst die sehr zahlreichen Fälle ausgeschieden, in denen die Sittenwidrigkeit gerade in der Schädigung oder Gefährdung der Gläubiger und der Vereitelung ihrer Ansprüche liegt, da diese Fallgruppe den Gegenstand einer gesonderten Untersuchung bilden soll. Die vom Reichsgericht entschiedenen Fälle, bei denen Gläubigerinteressen in Frage stehen, gehören bis auf wenige Entscheidungen, die weiter unten erörtert werden, ausschließlich dieser zurückgestellten Fallgruppe an.

1. Wenn A an B zu überhöhtem Preis ein Bordellgrundstück verkauft und übereignet hat, so fragt es sich, ob die Gläubiger des A oder die des B auf dieses Grundstück sollen zugreifen können.

Nach der vom Reichsgericht in Bordellkaufgeschäften stets vertretenen Meinung steht den Gläubigern des Käufers die Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück zu. Denn der Käufer ist nach der herrschenden Meinung trotz Sittenwidrigkeit des Kaufvertrages Eigentümer des Bordellgrundstücks geworden und seine Gläubiger, nicht die des Verkäufers können somit die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks beantragen.

Fraglich ist allerdings, ob die Gläubiger des Verkäufers das Grundstück nicht auf dem Wege über § 848 ZPO verwerten können, indem sie einen Herausgabeanspruch des Verkäufers gegen den Käufer pfänden und sich überweisen lassen. Ein solcher Anspruch des Verkäufers kann wegen der Ungültigkeit des

98) so etwa in v.Caemmerer, Zeitschr.f.intern.u.ausl.Privat-recht 38 S.676 ff. II 2 c und II 2 e.

Kausalgeschäftes nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung gegeben sein. Dem Verkäufer selbst ist ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 817 Satz 2 BGB versagt. Diese Sperre müßte nach allgemeinen Grundsätzen auch dem Gläubiger gegenüber bestehen. Das Reichsgericht hat allerdings in einer - sehr alten (1901) - Entscheidung anders erkannt. Dieser Entscheidung in RGZ 48 S.293 ff. lag folgender Tatbestand zugrunde:

Die Reichsbank hatte von einem G gefälschte Banknoten eingelöst und dadurch Schaden erlitten. Um sich für diesen Ausfall zu entschädigen, hatte sie den dinglichen Arrest in Wertpapiere bewirkt, die bei der Durchsuchung der Wohnung des Fälschers gefunden und beschlagnahmt worden waren, und hatte den Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle pfänden lassen. Diesem Vorgehen widersprach die Geliebte des Fälschers, die in der gleichen Wohnung im Konkubinat mit dem Fälscher gelebt hatte. Sie behauptete, die Wertpapiere seien ihr Eigentum; der Fälscher habe sie ordnungsgemäß an der Börse erworben und ihr geschenkt.

Das Reichsgericht hat die von der Geliebten erhobene Interventionsklage abgewiesen, und zwar mit der Begründung: Der Fälscher selbst würde diese aus sittenwidrigen Motiven übereigneten Wertpapiere zwar nicht zurückfordern können, weil er durch die Hingabe der Wertpapiere in gleicher Weise wie seine Geliebte gegen die guten Sitten verstoßen habe. Dieses Hindernis stehe aber Dritten nicht entgegen, welche aus der Nichtigkeit der Schenkung Rechte herleiten wollten. Ihnen gegenüber könne sich die Klägerin auf ihr "formal erlangtes Eigentum" nicht berufen.

In dieser Entscheidung will das Reichsgericht - soweit sich das aus der unklaren Formulierung erkennen läßt - offenbar folgendes zum Ausdruck bringen: Die Geliebte habe an den Wertpapieren Eigentum erlangt. Die Reichsbank könne die Wertpapiere jedoch herausverlangen, indem sie die Herausgabeansprüche des Fälschers gegen die Geliebte pfänden und sich überweisen lasse, da ihr gegenüber die Sperre des § 817 Satz 2 BGB nicht gelte. Die Geliebte nütze eine for-

male Rechtsstellung in unzulässiger Weise aus, wenn sie sich auf ihre Eigentümerstellung als ein "die Veräußerung hinderndes Recht" im Sinne des § 771 ZPO berufe, da sie ihr Eigentum nach erfolgter Pfändung des Herausgabeanspruchs und Überweisung auf die Reichsbank ohnehin werde aufgeben müssen.

Diese sehr frühe Entscheidung will also die Gläubiger des Leistenden gegenüber dem Empfänger selbst, der an dem Sittenverstoß teilgenommen hat, begünstigen; eine Interessenentscheidung, die sich aus der mangelnden Schutzwürdigkeit des Leistenden rechtfertigen läßt und durchaus billig erscheint.

Eine ähnliche Interessenlage liegt der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 99 S.151 ff. zugrunde. Dort gibt das Reichsgericht dem Konkursverwalter einen Bereicherungsanspruch, obwohl dem Gemeinschuldner wegen § 817 Satz 2 BGB ein solcher Anspruch nicht zusteht. In diesem Fall hatte die Inhaberin einer später in Konkurs geratenen Firma Geld aufgenommen, um mit diesem Geld die allgemeine Kriegsnot auszunutzen. Die Geldgeberin hatte übermäßig hohe Gewinne ausgezahlt erhalten. Diese Gewinne verlangte der Konkursverwalter als ungerechtfertigte Bereicherung heraus. Das Reichsgericht hat seinem Anspruch stattgegeben und ausgeführt: § 817 Satz 2 BGB stehe diesem Bereicherungsanspruch nicht entgegen. Zwar müßten auch Ansprüche des Konkursverwalters in dem Rechtskreise des Gemeinschuldners ihre Grundlage finden. Es sei also von der Rechtslage auszugehen, wie sie sich für den Gemeinschuldner dargestellt habe. § 817 Satz 2 BGB wolle aber nur einen Anspruch des Leistenden selbst ausschließen. Nach der Konkurseröffnung fehle es "an einem inneren Grunde", den § 817 Satz 2 BGB auf diesen Tatbestand zu erstrecken und dem Konkursverwalter die Bereicherungsklage zu versagen. Dem Konkursverwalter könne kein Sittenverstoß zur Last gelegt werden, wenn er das Rückforderungsrecht ausübe. Es sei vielmehr seine gesetzliche Pflicht, so zu handeln⁹⁹⁾.

99) Diesen Ausführungen des Reichsgerichts scheint eine Fehl-
auslegung des § 817 Satz 2 BGB zugrunde zu liegen: ...

Billig wie diese Entscheidung erscheint, läßt sie sich doch - ebenso wie die zuvor behandelte Entscheidung - rechtsdogmatisch nur schwer rechtfertigen und ist daher auf scharfe Kritik gestoßen¹⁰⁰⁾. Trotzdem haben das Reichsgericht dieses Ergebnis in der weiteren gleichgelagerten Entscheidung in JW 1931 S.2093 Nr.5 und der BGH in BGHZ 19 S.338 bestätigt.

Das Reichsgericht geht somit zwar grundsätzlich von einer Begünstigung der Empfänger-Gläubiger aus, indem es das Eigentum der Empfänger anerkennt. Die Gläubiger des Leistungsempfängers haben demnach den ersten und einfachsten Zugriff. Wenn der Empfänger die Sache allerdings selbst noch unbelastet in Händen hält, sollen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch die Gläubiger des Leistenden über die Beschlagnahme eines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs auf den Leistungsgegenstand zugreifen können. Im Verhältnis zu den Gläubigern des Empfängers hilft den Gläubigern des Leistenden diese Rechtsprechung erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Empfänger den Leistungsgegenstand an den Konkursverwalter herausgegeben hat. Bis dahin können die Empfänger-Gläubiger auf den Gegenstand zugreifen, da ihre Sachpfändung der Pfändung des Herausgabeanspruchs durch die Gläubiger des Leistenden vorgeht.

Das Reichsgericht begünstigt also allgemein die Gläubiger der Empfängerseite. Nur dem Empfänger selbst gegenüber gibt es den Gläubigern des Leistenden den unbedingten Vorrang.

Nach der Gegenmeinung, die auch das Verfügungsgeschäft bei einem sittenwidrigen Vertrag als nichtig ansieht, ist der Leistende Eigentümer geblieben. Der Besitz ist freilich

... Der Sittenverstoß, der dem Leistenden zur Last gelegt wird, bezieht sich nicht auf die Rückforderung des Geleisteten, sondern auf die Leistungsvereinbarung.

100) Jaeger, § 6 KO Anm.6, spricht von einer "schweren Entgleisung"; ablehnend auch: Lehmann in DJZ 1921 Sp.24, Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 226, 2 c, Heck in AHP 124 S.1, Lobe in den älteren Auflagen des RGRH, so RGRK 6.Aufl. § 817 Anm.3 c, Dölle in JW 1931 S.2563 zu 3. Dem Reichsgericht zustimmend: Haymann in JW 1931 S.2093 zu 5, RGRK 10.Aufl. § 817 Satz 2 Anm. 2 a E.

auf den Empfänger übergegangen. Eine Sachpfändung durch die Gläubiger des Veräußerers würde daher voraussetzen, daß der Empfänger zur freiwilligen Herausgabe bereit wäre (§§ 808, 809 ZPO e contr.) oder daß die Gläubiger den dinglichen Anspruch des Schuldners gegen den Empfänger pfänden und sich überweisen ließen. Einem solchen, auf § 985 BGB gestützten Anspruch würde nach der herrschenden Ansicht der § 817 Satz BGB nicht entgegenstehen. - Die Gläubiger des Erwerbers können auf die Gegenstände grundsätzlich nicht zugreifen, da sie nicht im Eigentum ihres Schuldners stehen. Haben sie sie dennoch gepfändet, so könnten die Gläubiger des Veräußerers die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben.

Die Gegenansicht würde also die Gläubiger des Leistenden in vollem Umfang begünstigen.

2. Welchen Gläubigern sollte aber nun das in Frage stehende Vermögen haften?

Wenn jemand vor der Frage steht, ob er einem anderen Kredit geben soll oder nicht oder ob er bei der Erfüllung eines Vertrages vorleisten soll, so wird er seine Entscheidung von der Kreditwürdigkeit des Partners abhängig machen. Diese wiederum beurteilt sich nach dem Vermögen des Kreditnehmers, soweit es erkennbar ist. Bei einer auf verpöntem Grundgeschäft beruhenden Verfügung muß ein Außenstehender aber den Verfügungsgegenstand als im Vermögen des Erwerbers stehend ansehen. In den meisten Fällen ist dieser bereits durch den Besitz des Gegenstandes legitimiert. Das mag bei der großen Zahl der heute üblichen Sicherungsübereignungen und unter Eigentumsvorbehalt getätigten Geschäfte kein sicherer Anhaltspunkt mehr für eine bestimmte Rechtszugehörigkeit sein. Er bietet jedoch immerhin noch ein gewisses und weitgehend das einzige Indiz für die Rechtsbefugnis des Besitzers. Darüber hinaus ist der Erwerber aber noch durch den Anschein der Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts, der sich auf den Vollzug des ganzen für eine Rechtsübertragung erforderlichen erkennbaren Tatbestands gründet, als Rechtsinhaber ausgewiesen. Auch der argwöhnische Kreditgeber, der sich

nicht auf die Besitzlage verläßt, kann also bei einer auf einem Sittenverstoß beruhenden Verfügung den Gegenstand derselben nur als im Vermögen des Empfängers stehend ansehen.

Das in Frage kommende Verfügungsgeschäft und der meistens damit verbundene Besitzwechsel schafft also den Kreditgebern und Vorleistungsgläubigern des Erwerbers gegenüber regelmäßig einen gewissen Rechtsschein. Es bestärkt sie in der Annahme, daß der Verfügungsgegenstand dem Vermögen ihres Schuldners angehört und ihrem eventuellen Zugriff unterliegt. Ein Interesse der Gläubiger an der Zuverlässigkeit dieses Rechtsscheins kann also nicht geleugnet werden.

Auf Grund der Tatsache aber, daß ein Gläubiger keine Gewähr für das Verbleiben eines Gegenstandes im Schuldnervermögen hat, ja sogar damit rechnet, daß dieser im Wege des ordentlichen Geschäftsganges weiterveräußert wird, besonders wenn es sich um Handelsgut handelt, ist dieses Vertrauensinteresse nicht so stark, daß es sich allen anderen Belangen gegenüber durchsetzen könnte.

So verdient regelmäßig der Erwerber des Gegenstandes diesem Vertrauensinteresse gegenüber den Vorrang. Aber selbst in diesem Interessenwiderstreit zwischen den Gläubigern und dem Erwerber gibt es eine Entscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten der Gläubiger: Der § 419 BGB. Bei Übernahme des gesamten Vermögens haftet der Erwerber den Gläubigern des Veräußerers mit dem Erworbenen weiter. Dieses Beispiel zeigt, daß der Gesetzgeber das Interesse der Gläubiger an der Haftungsgrundlage sehr wohl anerkennt: Unter gewissen Umständen wird diesem sogar der Vorrang vor den Belangen der rechtsgeschäftlichen Erwerber eingeräumt, obwohl die Gläubiger doch mit deren eventuellen Auftreten rechnen mußten und überdies die von dem Erwerber geleisteten Gegenwerte in den Haftungsbereich neu zufließen.

Umso mehr muß sich demnach das Gläubigerinteresse weniger starken Gegeninteressen gegenüber durchsetzen. Es kommt vorliegend also darauf an, wie stark hier die Gegeninteressen, die des Verfügenden und seiner Gläubiger, sind.

Zum Verteidiger der Belange des Verfügenden selbst hat sich Heck¹⁰¹⁾ gemacht. Er bezeichnet ihre Zurücksetzung als "anstößig", da sie vom Gesetzgeber durch das "Rechtfertigungsgebot"¹⁰²⁾ bevorzugt seien. Inwieweit dieser Vorwurf im allgemeinen seine Berechtigung hat, mag dahingestellt bleiben. Sicherlich ist er bei den in Rede stehenden Verfügungen mit beiderseitig sittenwidrigem Grundgeschäft verfehlt. Denn hier ist ja durch den § 817 Satz 2 BGB jeder Kausalschutz ausgeschaltet. Das Rechtfertigungsgebot schützt also gar nicht die Kausalinteressen des Veräußerers. Diese werden vielmehr überhaupt nicht als schutzwürdig befunden. Daher erscheint es auch angebracht, ihnen die Belange der Empfänger gläubiger, die sich auf den geschaffenen Rechtsschein stützen, vorzuziehen. Das muß schon deshalb gelten, weil der Veräußerer diesen Rechtsschein ja mitbegründet hat. Er müßte also folglich daran festgehalten werden können.

Diese Gesichtspunkte müssen aber auch gegenüber den Gläubigern des Veräußerers wirken. Diese haben sich, soweit ihre Forderung nach der entscheidenden Verfügung begründet wurden, nicht auf einen durch die Innehabung der Gegenstände begründeten Rechtsschein stützen können. Wurden ihre Forderungen aber vor der Verfügung zur Entstehung gebracht, so hätten sie die Möglichkeit gehabt, die Entfernung der Gegenstände aus dem Lager des Leistenden zu bemerken und in diesem Augenblick wenn auch nicht mehr auf die Gegenstände selbst, so doch auf die Gegenleistungsmittel oder den Anspruch darauf zuzugreifen. Ihre Haftungsmasse hat sich ja um diese Summe im Regelfall vergrößert. Es ist also eine billige Entscheidung, wenn die Gläubiger der Gegenseite, die die Verminderung ihrer Haftungsmasse um diese Mittel dulden mußten, nunmehr ein Befriedigungsrecht an den Gegenwerten haben.

Allerdings zeigt der schon zum Vergleich herangezogene § 419 BGB, daß diese Erwägung nicht unbedingt ausschlaggebend sein kann. Denn auch der Übernehmer eines Vermögens gibt ja

101) Heck, Das abstr.d.Rechtsg. S.19.

102) d.h. die durch die Nichtigkeit bewirkten Rückforderungsmöglichkeiten des Leistenden, Heck a.a.O. (Fußnote 80) und § 3 S.10.

Gegenwerte hin, und trotzdem hat der Gesetzgeber für die Gläubiger des Veräußernden entschieden! Auch ist es nicht immer so, daß für die Leistung des Verfügungsgegenstandes eine Zahlung vereinbart oder geleistet worden ist. Trotzdem sollte aber auch in diesen Fällen das Interesse der Erwerber-Gläubiger bevorzugte Berücksichtigung erfahren. Denn diese können bis zum Augenblick ihres Zugriffs auf den Rechtsschein vertrauen, für die Veräußerungsgläubiger wirkt dieser nur bis zu einem vor ihrem Zugriff liegenden Zeitpunkt.

Aber auch wenn man ganz von den Rechtsscheinerwägungen absieht, spricht vieles für eine Entscheidung im Sinne der Erwerber-Gläubiger. Deren Schuldner hat den Eigenbesitz an den Sachen und verfügt praktisch über die übertragenen Rechte. Sobald aber jemand einen Gegenstand zu eigen erwirbt, verschmilzt dieser früher oder später mit seinem übrigen Vermögen. Eine Trennung wird häufig durch die vielen Möglichkeiten einer Vermischung oder Verarbeitung sehr schwierig. Den Gläubigern des Verfügenden wird es nach einer gewissen Weile somit ohnehin nur noch schwer gelingen, die geleisteten Gegenstände zu ihrer Befriedigung zu verwerten. Ein Gläubiger der Gegenseite würde diese Schwierigkeiten nicht haben, da er auf das gesamte Vermögen des Leistungsempfängers zugreifen kann. Geht man aber davon aus, daß beide Gläubigerseiten im Verhältnis zu ihren Schuldnern ein gleichschutzwürdiges Recht auf Befriedigung haben, so sollte man sich für ein Verwertungsrecht der Gläubiger entscheiden, die ein solches auch praktisch realisieren können. Und das werden in der Regel die Gläubiger des Empfängers sein, da dieser die tatsächliche Gewalt über die Sache oder das Recht hat. Eine andere Entscheidung könnte möglicherweise den Schuldnern und Partnern des sittenwidrigen Vertrages die Möglichkeit geben, sich der Zwangsvollstreckung zu entziehen; und das wäre auf keinen Fall wünschenswert.

Im Widerstreit mit den Belangen des Verfügenden und seiner Gläubiger scheint also das Interesse der Empfängergläubiger den Vorrang zu verdienen. Dieses kann aber nur berücksichtigt werden, wenn man die Gültigkeit der Verfügungsge-schäfte für die angemessene Lösung hält.

Auch das Gläubigerinteresse, welches Schutz verdient, spricht also für die Ablehnung der Einwirkung des § 138 I BGB auf das Erfüllungsgeschäft.

X. Die Interessenlage bei den Schädigungsfällen

In den vorausgegangenen Untersuchungen wurde bereits angedeutet, daß es Fälle gibt, in denen die Sittenwidrigkeit der Leistungsvereinbarung gerade in der Schädigung oder Gefährdung der Interessen anderer liege. In der Rechtsprechung sind insbesondere zwei Fallgruppen von Bedeutung, in denen in Frage steht, ob eine solche Schädigung Dritter die Wirksamkeit auch des Leistungsgeschäftes beeinträchtigt: Einmal handelt es sich um den Fall, daß eine Verfügung getroffen wird, die einem künftigen Erbberechtigten den Erbanspruch entzieht. Die Mehrzahl der Fälle betrifft den Tatbestand der sogenannten Gläubigergefährdung, d.h. einer Sicherungsübereignung, die den Gläubigern des Verfügenden die Vollstreckungsgrundlage entzieht.

1. Um die erste Fallgruppe handelt es sich in der Entscheidung in RGZ 142 S.410 ff. In dieser Entscheidung, die bereits oben S.58 ff. erörtert wurde, hält das Reichsgericht die von dem Erblasser verfügte Bezugsberechtigung der Geliebten aus einer Lebensversicherung für nichtig, weil durch sie die Ehefrau und fünf Kinder benachteiligt wurden. Einen weiteren Fall einer solchen "familienfeindlichen" Verfügung behandelt das Reichsgericht in der Entscheidung in RGZ 111 S.151 ff. Dort hatte ein Ehemann seinen wichtigsten Vermögensbruchteil, ein Hausgrundstück, seiner Geliebten übereignet. Er beabsichtigte dabei, nicht nur die Geliebte für ihre Einwilligung in das ehebrecherische Verhalten zu belohnen, sondern vor allem auch, das Grundstück dem künftigen Erbanspruch seiner Ehefrau zu entziehen. Nach seinem Tode klagt die Ehefrau gegen die Geliebte auf Herausgabe des Grundstücks.

Das Reichsgericht bejaht die Sittenwidrigkeit der der Übereignung zugrundeliegenden Schenkung und stützt diese

Annahme vor allem auf die Tatsache, daß der verstorbene Ehemann und seine Geliebte mit Abschluß des Schenkungsvertrages beabsichtigten, das künftige Erbrecht der Ehefrau zu schmälern¹⁰³⁾.

Welche Entscheidung erscheint bei dieser Sachlage hinsichtlich der dinglichen Übereignung interessegemäß?

Sofern sich die Sittenwidrigkeit nur auf die Tatsache gründet, daß eine Sache als Belohnung für ehewidriges Verhalten hingegeben wurde, bietet der Fall keine Besonderheit. Diese liegt vielmehr nur darin, daß ein bestimmter Vermögensgegenstand einem anderen Vermögen, in das er zu fließen bestimmt war, aus niedrigen Erwägungen vorenthalten werden soll. Der Ausschluß der Ehefrau von der Rechtsnachfolge in das Vermögen ihres Mannes erregt hier in erster Linie - sofern man der sittlichen Entscheidung des Reichsgerichts folgt - den ethischen Vorwurf.

Das Interesse eines Erbberechtigten steht also hier zur Entscheidung. Es wurde oben bereits festgestellt, daß sich im allgemeinen aus der Stellung des Erben keine Gesichtspunkte herleiten lassen, die für oder gegen die Nichtigkeit einer auf verpönter causa beruhenden Verfügung des Erblassers sprechen. Es fragt sich, ob dieses Ergebnis auch vorliegend als richtig empfunden wird oder ob hier eine Ausnahmelage eine Ausnahmeentscheidung verlangt.

Eine Besonderheit kann vorliegend in folgendem gesehen werden: Die Benachteiligung der Ehefrau ist hier nicht das zufällige Ergebnis eines aus anderen Gesichtspunkten sittenwidrigen Geschäfts, vielmehr gerade dessen anstößiges Ziel. Das Weiterbestehen der durch die Verfügung geschaffenen Vermögenslage bewirkt überhaupt erst die sittliche Mißbilligung. Das ethische Werturteil haftet also gerade an dieser neuen Vermögenslage. Ihr Fortbestand widerstreitet somit nicht allein den wirtschaftlichen Interessen der um ihren Erbanspruch "betrogenen" Ehefrau, sondern auch dem damit gekoppelten sittlichen Interesse.

103) Wegen des Grundsatzes der Testierfreiheit bestehen gegen die Annahme der Sittenwidrigkeit allerdings Bedenken.

Das ist aber keine zufällige Besonderheit dieses Falles. Wo immer das sittliche Interesse an die Verletzung wirtschaftlicher privater Interessen anknüpft, wird gerade die beabsichtigte neue Vermögenslage den Anstoß erregen. Ein bekanntes Beispiel ist der Wuchertatbestand. Auch dort haftet der Makel der neuen Vermögensverteilung an. Um den sittlichen Vorwurf in diesen Fällen auszumerzen, muß folgerichtigerweise die Neubegründete Güterlage selbst in irgendeiner Form berichtigt werden. Wo dagegen die Beeinträchtigung von Allgemeininteressen das sittliche Empfinden verletzt - wie das im Regelfall zutrifft -, erstreckt sich die sittliche Ablehnung nicht auch auf die neue Vermögenslage. Denn die Allgemeinheit ist nur in den seltensten Fällen unmittelbar an der Güterverteilung zwischen bestimmten Einzelpersonen interessiert, während das Privatrecht diese fast ausschließlich (vom Personen- und Familienrecht abgesehen) zum Gegenstand hat. Werden also durch den Sittenverstoß Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt, so besteht nur in Ausnahmefällen Anlaß, in die derzeitige Güterlage einzugreifen. Sind dagegen wirtschaftliche Interessen einer Privatperson verletzt worden, so wird eine gerechte gesetzliche Regelung durchweg eine neue Vermögenszuordnung anstreben müssen¹⁰⁴⁾.

So auch hier: Vom Sittlichkeitsstandpunkt ist - wenn man sich das reichsgerichtliche Unwerturteil zu eigen macht - eine Änderung der Vermögenslage erwünscht: Das der Geliebten übertragene Grundstück soll dieser wieder entzogen und der moralisch berechtigten Ehefrau zugewandt werden.

Durch eine Nichtigserklärung der verpönten Wertverschiebung mit Finschluß des dinglichen Verfügungsgeschäftes würde ein solches Ergebnis zweifellos erreicht. Eine solche Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte wäre also für diesen Fall eine interessengemäße Lösung.

104) Das ist wohl der tiefere Grund für die von Schreiber in Gruch.52 S.515 vertretenen Ansicht: Aufrechterhaltung der Verfügungsgeschäfte, wenn die causa im Interesse der öffentlichen Ordnung für nichtig erklärt wird, Nichtigkeit, wenn die causa im Privatinteresse als nichtig angesehen wird. Kritik bei Mühl S.53 ff.: öffentliche Interessen stärker.

Es würden aber auch noch andere Ergebnisse dadurch erreicht, die weniger wünschenswert sind. So könnte der Ehemann zu Lebzeiten das Grundstück von seiner Geliebten zurückfordern, wenn er ihrer überdrüssig geworden wäre. Zu einer solchen Regelung besteht kein Anlaß.

Es fragt sich daher, ob es nicht eine andere Möglichkeit gibt, die dieser besonderen Interessenlage gerecht wird, ohne die unerwünschten Folgen der soeben geschilderten Art einzuschließen.

Man könnte zunächst daran denken, der übergangenen Ehefrau ein Rückforderungsrecht nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zu geben und das damit begründen, daß der Rückforderungsausschluß des § 817 Satz 2 BGB zwar gegenüber dem Ehegatten, nach dessen Tode aber nicht auch dem Erben gegenüber gelte, der gerade das "Opfer" dieses Sittenverstoßes sei. Diese Auslegung des § 817 BGB scheint aber nicht vertretbar zu sein. Sie verstößt gegen die elementare Regel unseres Erbrechts, daß der Erbe einen Anspruch nur in dem Umfange und mit den Einschränkungen erwirbt, die dem Erblasser gegenüber bestanden. Auch die zurückgesetzte Ehefrau kann also nicht über die Hürde des § 817 Satz 2 BGB hinweg.

Das Reichsgericht hat daher diesen Weg auch abgelehnt. Es folgt aber einer anderen Lösung:

In der Vereinbarung zwischen der Geliebten und dem verstorbenen Ehemann, die Ehefrau zu Gunsten der Ehebrecherin als Erbin auszuschließen, sieht das Gericht eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Ehefrau und gibt ihrer Klage auf Herausgabe des Hausgrundstücks auf Grund der §§ 826, 249 BGB statt.

Damit ist den als schutzwürdig befundenen wirtschaftlichen Belangen der Ehefrau und folglich auch den sittlichen Interessen vollauf Genüge getan. Im Verhältnis der Ehefrau und der Geliebten wird die verpönte Vermögenslage berichtigt, ohne daß an der Gültigkeit der Verfügung gerührt wird. Es tritt somit auch nicht die Nichtigkeit für und gegen jedermann ein, die zu dem erwähnten wenig wünschenswerten

Ergebnis führen konnte, daß auch der verfügende Ehemann selbst sich zu seinen Lebzeiten auf diese Nichtigkeit würde berufen können.

Die interessenmäßig gerechtfertigte Änderung der durch die umstrittene Verfügung geschaffenen Vermögenslage läßt sich somit auf zufriedenstellende Weise erreichen, indem man zwar die Verfügung als gültig ansieht, den geschädigten Dritten jedoch einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB gewährt, auf Grund dessen sie die Folgen der Verfügung beseitigen können.

2. Ähnlich gelagert ist der vom Reichsgericht entschiedene Fall in JW 1934 S.1412 Nr.4. Dort handelt es sich um folgenden Sachverhalt:

Eine Firma und ein Landkreis hatten ein Energiewirtschaftsunternehmen in Form einer GmbH gegründet. In dem Gesellschaftsvertrag war den Gesellschaftern ein Vorkaufsrecht an den Geschäftsanteilen eingeräumt worden. Der Landkreis veräußerte im Jahre 1930 seinen Anteil an eine andere Gebietskörperschaft gegen "interkommunal gebundene Aktien". Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts wurde diese Form der Gegenleistung gewählt, um die Firma an der Ausübung des Vorkaufsrechts zu hindern.

Die Firma klagt auf Feststellung der Nichtigkeit der Vereinbarung.

Das Reichsgericht hält die Vereinbarung für sittenwidrig. Es führt aus, daß die Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts zwar im allgemeinen nicht die Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäftes nach sich ziehe. Hier sei jedoch die allgemein anerkannte Ausnahme gegeben, daß gerade mit der Übertragung der Geschäftsanteile unsittliche Zwecke verfolgt werden sollten. Denn das Verfügungsgeschäft habe die sittenwidrige Schädigung der Klägerin erst eigentlich zur Vollen-
dung gebracht, da durch die Abtretung die Klägerin ihres satzungsmäßigen Rechtes - nämlich des Vorkaufsrechts - verlustig gegangen sei.

Auch hier besteht die Sittenwidrigkeit darin, daß beide Parteien bezwecken, das wirtschaftliche Interesse eines Dritten zu beeinträchtigen. Das satzungsgemäß gesicherte Anwartschaftsrecht der Klägerin sollte ausgeschaltet werden. Das Reichsgericht hilft der Klägerin in diesem Falle nicht durch Gewährung eines Schadensersatzanspruchs nach den §§ 826, 249 BGB, sondern versagt der dinglichen Verfügung den Erfolg. Der Weg über die §§ 826, 249 BGB war in diesem Fall schon wegen des Klageantrags auf Feststellung der Nichtigkeit nicht recht gangbar. Aber selbst bei einem anderen Antrag wäre es unklar, worin in diesem Fall die Wiederherstellung des früheren Zustandes bestehen würde und wie die Verurteilung beider Vertragspartner - etwa zur Rückübertragung des Geschäftsanteils auf den Landkreis - würde praktisch durchgesetzt werden können.

Diese Entscheidung ist somit interessengemäß und notwendig.

3. Ein weiterer vom Reichsgericht entschiedener Fall dieser Art ist in JW 1904 S.491 ff. veröffentlicht: Dort hatte jemand durch Betrug 4.000.-- Mark erlangt und sie seinem Schwiegervater gegeben, der den Betrag auf Hypotheken ausgeliehen hatte. Auf diese Weise sollte das Geld dem Zugriff des Betrogenen entzogen werden. Der Betrogene klagt gegen den Schwiegervater des Betrügers mit dem Antrag, "sich die Zwangsvollstreckung in die Hypotheken gefallen zu lassen". Diese Klage wird vom Reichsgericht abgewiesen. Das Reichsgericht führt aber aus, dem Geschädigten stünde unter anderem "der Weg zu Gebote, die Verfolgung der Nichtigkeit der zum Zwecke der Verschleierung des Vermögens des Schuldners und Schädigung der Gläubiger vorgenommenen, nach § 138 BGB nichtigen fiduziarischen Übereignung" zu betreiben.

Das Reichsgericht geht also davon aus, daß das dingliche Geschäft nichtig sei. Auch hier handelt es sich um einen Fall, in dem die Sittenwidrigkeit gerade in der Schädigung eines Dritten liegt.

4. Einen anderen Fall dieser Art behandelt die Entscheidung in RGZ 81 S.175 ff. Dort war dem Kläger eine Forderung abgetreten worden, weil er völlig mittellos war, so daß bei ihm im Falle des Obsiegens des Gegners die Kosten nicht sollten beigetrieben werden können. Das Reichsgericht hält die Abtretung als gegen die guten Sitten verstoßend für nichtig und weist deshalb die Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers ab. Auch hier soll also die Abtretung selbst, das dingliche Erfüllungsgeschäft, nichtig sein, weil es das Interesse von Dritten schädigt. Ein Schadensersatzanspruch wäre hier dem Interesse des Beklagten wenig dienlich, weil diesem zugemutet würde, sich zunächst einmal auf die Klage einzulassen, ohne im Falle des Obsiegens Sicherheit für die Kosten zu haben¹⁰⁵⁾.

Der Unterschied zu den übrigen Schädigungsfällen liegt also darin, daß der schädigende Erfolg noch in der Zukunft liegt und überdies noch durch eine Mitwirkung des staatlichen Rechtsdurchsetzungsapparates erreicht werden soll. Dem Staat würde also hier ebenso eine Handlangerstellung zur Durchführung des verwerflichen Zieles zugemutet, wie wenn man allgemein den kausalen sittenwidrigen Vertrag als gültig ansehen wollte. Dieser Gesichtspunkt, so wurde oben festgestellt, hat den Gesetzgeber veranlaßt, die Nichtigkeit des sittenwidrigen obligatorischen Rechtsgeschäftes zu bestimmen. Die gleiche Lösung scheint somit auch hier interessegemäß.

Es gibt jedoch eine andere Möglichkeit, die ungerechtfertigte Inanspruchnahme des debitor cessus durch den "armen Zessionar zu verhindern: Das vorgenommene Rechtsgeschäft hat keine Wertübertragung im üblichen Sinne zum Inhalt. Mit seiner Vornahme wird ein wirtschaftlicher Erfolg wie bei einem Veräußerungs- oder Sicherungsgeschäft nicht gewollt. Der Zedent will sich nur für die Dauer des Rechtsstreites der

105) Entgegen der hier vertretenen Ansicht des Reichsgerichts soll eine Abtretung, die nur erfolgt, um einen materiell Berechtigten als Zeuge auftreten lassen zu können, nicht sittenwidrig und folglich auch nicht nichtig sein: RG in JW 1909 S.270 Nr.3 = Gruchot 53 S.53.

Außenwirkung des dinglichen Rechts begeben. Die Aktivlegitimation allein soll übertragen werden um einer prozeßrechtlichen Folge willens: Die Entstehung der prozessualen Kosten-erstattungspflicht in der Person eines anderen als desjenigen, der wirtschaftlich Herr des Rechtes bleibt und alles außer seiner äußeren Schale zurückbehalten hat. Zwar haben Zedent und Zessionar zeitweilig das Vollrecht übertragen, so daß man nicht von einer gewillkürten Prozeßstandschaft sprechen kann. Der vorliegende Fall kommt dem aber sehr nahe. Wie der erwiesene Zweck der Abtretung zeigt, handelt es sich um eine rein prozeßtaktische Maßnahme. Diese steht aber als ganzes unter dem Gebot von Treu und Glauben im Prozeß¹⁰⁶⁾. Verstößt sie gegen diesen Grundsatz, so kann der Gegner ihrer Geltendmachung mit der Einrede der Arglist begegnen.

Auf diese Art scheint mir der vorliegende Rechtsstreit erledigt werden zu können. Die Klageerhebung bezweckt eine Feststellung des Rechtsverhältnisses auf ausschließliche Kosten und das alleinige Risiko des Prozeßgegners, obwohl der wirklich Interessierte zur Kostentragung im Falle des Unterliegens im Stande ist. Eine solche Klageerhebung ist arglistig und muß nach § 242 BGB, der auch im Verfahrensrecht gilt, abgewiesen werden. Diese Entscheidung entspricht den beteiligten Interessen: Der "Mißbrauch" der Abtretung wird abgelehnt, wie es das Reichsgericht schon für richtig hält. Ihm wird "die Anerkennung versagt". Das will auch das zitierte Urteil. Wenn es darüber hinaus die gesamte Verfügung für nichtig erklärt, so geht das über das Ziel hinaus und hat demgemäß zu weitgehende Folgen. Nehmen wir an, der Zessionar trete die Forderung unter Vorweisung eines ihm von dem Zedenten ausgestellten Legitimationsscheins an einen gutgläubigen Dritten ab. Wäre es nunmehr berechtigt, dem Dritten das Gläubigerrecht abzusprechen und den Zedenten, der doch das Vollrecht abtreten wollte, weiterhin als Gläubiger zu betrachten? Dieses Ergebnis würde vermieden, wenn man die Abtretung als abstraktes Rechtsgeschäft aufrecht

106) Über diesen Grundsatz siehe Schönke, Zivilprozeßrecht, § 2 III 1 B und besonders § 31 II 2 a sowie RGZ 154 S.303. Nachweise bei Schönke.

erhielt und der ungerechtfertigten Inanspruchnahme des debitor cessus in einem Rechtsstreit mit dem Arglistseinwand entgegenträge.

In diesem Fall bedarf es also nicht der Nichtigkeit des Übertragungsgeschäftes nach § 138 Abs.1 BGB, um zu einer billigen Lösung zu gelangen.

5. Zusammenfassend läßt sich feststellen: In den Schädigungsfällen erkennt die reichsgerichtliche Rechtsprechung durchweg das Interesse des Geschädigten an, indem sie der Verfügung keine Wirksamkeit beläßt. Zu diesem Ziel kommt die Rechtsprechung auf zweierlei Wegen: Teilweise gibt sie dem Geschädigten einen Schadensersatzanspruch, durch den er im Ergebnis so gestellt wird, als sei die Verfügung nicht erfolgt. Teilweise geht das Reichsgericht aber weiter und erklärt die Verfügung für nichtig. In diesem Fall begründet das Reichsgericht seine Entscheidung damit, daß hier ein Tatbestand gegeben sei, in dem die Unsittlichkeit in der Verfügung selbst begründet liege. Die Berechtigung dieser Rechtsprechung erscheint allerdings fraglich. Die Nichtigkeit für und gegen jedermann löst zwar auf befriedigende Weise den Interessenwiderstreit zwischen den Vertragspartnern der sittenwidrigen Vereinbarung und den Geschädigten. Sie begünstigt darüber hinaus aber auch jeden anderen, der sich auf die Nichtigkeit beruft, was zu unerwünschten Ergebnissen führen kann. Diese Folge wird vermieden, wenn der Interessenkonflikt dadurch gelöst wird, daß man den Geschädigten einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gewährt.

Demnach müßte der Weg über § 826 BGB - wie das Reichsgericht es bereits in RGZ 111 S.151 getan hat - der Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte vorgezogen werden, sofern er dem Interesse des Geschädigten genügt. Ob das stets der Fall ist, soll die nachfolgende Untersuchung des wichtigsten Schädigungstatbestandes ergeben, der sogenannten Gläubigergefährdung.

XI. Die Interessenlage bei der Gläubigergefährdung

1. In den Fällen der Gläubigergefährdung handelt es sich im wesentlichen um folgenden Sachverhalt: Ein Geldgeber, meistens eine Bank, hat einem Schuldner Kredit gegeben. Die Vermögenslage des Schuldners verschlechtert sich zusehends. Um ihr Geld zu retten, sieht sich die Bank gezwungen, dem Schuldner wieder auf die Beine zu helfen, indem sie ihm weiteren Kredit einräumt. Um aber nicht "ihr gutes Geld dem schlechten nachzuwerfen"¹⁰⁷⁾, sichert sich die Bank: Sie läßt sich den größten Teil des greifbaren Vermögens ihres Schuldners übertragen, so etwa Warenvorräte, den Maschinenpark, vorhandenen Grundbesitz, Außenstände, vielfach auch die zukünftigen, und dergleichen. Meistenteils werden der Bank auch Kontrollrechte eingeräumt. Durch diese Maßnahmen wird der Schuldnerfirma der trügerische Anschein der Kreditwürdigkeit verliehen, so daß andere Gläubiger dem Schuldner ohne Sicherung Kredit gewähren. Fällt nun die so ausgehöhlte Firma trotz des Sanierungsversuches in Konkurs, so erleidet die Sanierungsbank infolge der umfangreichen Sicherung, die sie sich hat einräumen lassen, keinen Schaden, während die anderen Gläubiger mit ihren Forderungen ausfallen. Diese Gläubiger versuchen nunmehr, sich für ihren Ausfall bei der Bank schadlos zu halten. Sie berufen sich darauf, daß sie über die schlechte Vermögenslage des Schuldners bewußt oder fahrlässig getäuscht und hierdurch gefährdet worden seien. Die Bank habe sich somit auf Kosten der anderen Gläubiger für ihren Sanierungsversuch Sicherung verschafft. Ein solches Verhalten verstoße gegen Treu und Glauben und gegen die guten Sitten. Teilweise wird hieraus nun der Schluß gezogen, daß die Bank den ungesicherten Gläubigern gemäß § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sei; teilweise wird der gesamte Sicherungsvertrag, auch soweit in ihm oder auf Grund dieses Vertrages dingliche Verfügungen getroffen worden sind, für nichtig gehalten, so daß den übrigen Gläubigern die der Bank zur Sicherung übereigneten Vermögenswerte als Vollstreckungsobjekte zur Verfügung stehen.

107) Hoeninge in JW 1924 S.176 Anm.zu 14.

2. Diesen letzten Weg hat die höchstichterliche Rechtsprechung in einer Anzahl von Entscheidungen schon früh beschritten. Es handelt sich durchweg um den Fall, daß ein Gläubiger, der sich die gesamten oder fast die gesamten Aktiven eines kaufmännischen Geschäfts zur Sicherung für gewährte Kredite hat übertragen lassen, im Konkurs des Sicherungsgebers auf Aussonderung klagt und sich dabei auf sein Eigentum oder sonstiges Vollrecht beruft.

In der Entscheidung in JW 1911 S.576 läßt das Reichsgericht allerdings die Sittenwidrigkeit einer solchen Vermögensübertragung dahingestellt und begründet die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages aus den §§ 310, 139 BGB. In Warn.191 Nr.229 entscheidet es sich jedoch eindeutig für die Sittenwidrigkeit eines solchen Vertrages und für die Nichtigkeit der auf Grund des Vertrages erfolgten Verfügungsgeschäfte. Veranlaßt durch den Revisionsangriff des Klägers, daß die Nichtigkeit nur das obligatorische Kausalgeschäft und nicht ohne weiteres auch die Unwirksamkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes der Eigentumsübertragung zur Folge haben könne, führt das Reichsgericht aus, auch ein abstraktes Rechtsgeschäft könne im Einzelfall infolge der von den Parteien gewollten Bedingtheit von der rechtlichen Wirksamkeit des Kausalgeschäfts wegen Unsittlichkeit nichtig sein, und führt im einzelnen aus: "Namentlich kann dann kein Bedenken bestehen, wenn die Unsittlichkeit gerade das dingliche Rechtsgeschäft mit seinen Wirkungen gegen Dritte von dem Gesichtspunkt aus trifft, daß die bedungene Eigentumsübertragung dem Interessentenkreis unbekannt bleiben und die Dritten die rechtliche Lage des Veräußerers und demgemäß seine wirtschaftlichen Verhältnisse und seine Kreditwürdigkeit als unverändert ansehen sollten."

Diese Entscheidung stellt also klar, daß der Grund für die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes die Gefährdung der wirtschaftlichen Belange Dritter ist. Irreführend erscheint mir allerdings das Wort "namentlich", durch das der Tatbestand der gläubigergefährdenden Sicherungsübereignung un-

richtigerweise als Unterfall der bedingungsmäßigen Abhängigkeit des Verfügungsgeschäftes von dem Kausalgeschäft gekennzeichnet wird.

In den Entscheidungen in Warn.Rechtsprechung 1915 Nr.134 und in JW 1917 S.217 Nr.6 kommt das Reichsgericht nicht zur Annahme der Unwirksamkeit des Sicherungsübereignungsvertrages, da es die Voraussetzung des § 138 BGB als nicht vorliegend ansieht. In beiden Fällen waren dem Schuldner nach den Feststellungen des Berufungsgerichts noch Vermögenswerte verblieben, so daß nur eine entfernte Möglichkeit einer Gläubigerschädigung bestand, die nach Ansicht des Reichsgerichts zur Annahme der Sittenwidrigkeit nicht genügt. Auch in der Entscheidung in JW 1917 S.262 sieht der gleiche Senat des Reichsgerichts die Voraussetzungen des § 138 Abs.1 BGB als nicht gegeben an, da noch Vermögenswerte in der Hand des Schuldners verblieben seien und der Gläubiger außerdem nach der Sachlage damit habe rechnen dürfen, daß das schuldenrische Unternehmen nicht zusammenbrechen werde.

In Warn.Rechtsprechung 1918 Nr.189 hatte das Reichsgericht als Vorfrage zu entscheiden, ob die Abtretung aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen an eine Gläubigerin, durch welche den anderen Gläubigern die zu ihrer Befriedigung dienenden Werte entzogen wurden, nichtig sei. Das hat das Reichsgericht bejaht und die Nichtigkeit sowohl auf die Sittenwidrigkeit einer solchen Abtretung als auch auf einen Verstoß gegen § 310 BGB gestützt.

In der reichsgerichtlichen Entscheidung in JW 1924 S.176 Nr.14 = Warn.Rechtsprechung 1927 Nr.6 nimmt das Reichsgericht ebenfalls die Nichtigkeit eines gläubigergefährdenden Sicherungsvertrages einschließlich der auf Grund dieses Vertrages getroffenen dinglichen Verfügung an. Es führt aus, den Ausschlag für die Nichtigkeit gebe nicht so sehr die Freiheitsbeschränkung des Schuldners, die ein solcher Vertrag mit sich bringe, sondern die Gefährdung der gutgläubigen Lieferanten. Diese letztere Feststellung scheint mir deshalb wichtig zu sein, weil sie klarstellt, daß in Fällen dieser Art die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen Dritter

nach Ansicht des Reichsgerichts für die Annahme der Nichtigkeit entscheidend ist.

In der Entscheidung in Warn.Rechtsprechung 1926 Nr.84, die eine Drittwiderspruchsklage des Sicherungsnehmers bei einer Pfändung eines anderen Gläubigers in das Sicherungsgut abweist, spricht das Reichsgericht zum ersten Male von einer "festen Rechtsprechung" des Inhalts, daß Sicherungsverträge nichtig seien, wenn der Schuldner alle wesentlichen Aktivwerte seines gegenwärtigen und zukünftigen Geschäftsvermögens übereigne und für ihn nur noch der trügerische Schein der Selbständigkeit und der Kreditwürdigkeit verbleibe. Das Reichsgericht spricht allerdings nicht klar aus, daß diese seine feste Rechtsprechung sich auch auf die Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte erstrecke. Da aber ohne die Unwirksamkeit der Verfügungsgeschäfte die vorliegende Interventionsklage nicht hätte abgewiesen werden können und das Reichsgericht sich zum Nachweise seiner festen Rechtsprechung unter anderem auch auf die Entscheidung in JW 1911 S.576 Nr.10 bezieht, die die Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte ausdrücklich hervorhebt, muß davon ausgegangen werden, daß das Reichsgericht auch dieses Ergebnis als feste Rechtsprechung kennzeichnen will.

Auch in Warn.Rechtsprechung 1927 Nr.157 weist das Reichsgericht eine Drittwiderspruchsklage des Sicherungsnehmers ab. Es führt dazu aus, die Nichtigkeit ergebe sich sowohl aus der Tatsache, daß dritte Kreditgeber gefährdet, als auch daraus, daß der Schuldner geknebelt worden sei. Es führt weiter aus, es bedürfe in diesen Fällen nicht des Nachweises, daß die Beeinträchtigung der Interessen der anderen Gläubiger der Zweck des Vertrages gewesen sei. Die Kenntnis von der Gefährdung der Gläubigerinteressen genüge.

Diese Kenntnis muß jedoch nach der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 118 S.361 ff. aus dem gleichen Jahre gefordert werden¹⁰⁸⁾. Dort hatte ein Kreditgeber sich eben-

108) Es handelt sich um eine Entscheidung des VII.Zivilsenats, während in der soeben erwähnten Entscheidung in Warn.Rechtsprechung 1927 Nr.157 der VI.Zivilsenat entschieden hat.

falls auf Kosten der ungesicherten Gläubiger alle wichtigen Vermögensstücke seines Schuldners übereignen lassen. Der Sicherungsnehmer konnte allerdings nachweisen, daß er sich in einem Irrtum hinsichtlich der Finanzlage befunden hatte. Er hatte diesen für einen begüterten Mann gehalten. Das Reichsgericht weist die Klage der übrigen Gläubiger, die das Sicherungsgut in ihre Vollstreckungsmasse ziehen wollen, zurück. Es führt aus: § 138 BGB verlange ein beiderseitig sittenwidriges Verhalten, setze also auch verwerfliches Handeln des Sicherungsnehmers voraus. Das könne aber nur angenommen werden, wenn dieser positive Kenntnis von den möglichen Auswirkungen seines Verhaltens gehabt habe. Zwar müsse bei dem Kreditgeber "nicht die Absicht der Gläubigerschädigung, aber doch mindestens das Bewußtsein vorgelegen haben, daß die übrigen Gläubiger ... durch die Sicherungsübereignung geschädigt würden".

In der Entscheidung in Warn.Rechtsprechung 1928 Nr.55 stellt das Reichsgericht klar, daß der Tatbestand der Gläubigergefährdung selbst dann gegeben sein könne, wenn der Sicherungsgeber das Sicherungsgut ausschließlich auf Kredit des Sicherungsgläubigers angeschafft habe. Denn es komme darauf an, ob künftige Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden könnten.

In der Entscheidung in Warn.Rechtsprechung 1928 Nr.65 klagt der Sicherungsgläubiger gegen einen anderen Gläubiger, der Teile des Sicherungsgutes hat pfänden und versteigern lassen, auf Einwilligung in die Auszahlung des Erlöses an ihn. Das Reichsgericht ist der Ansicht, daß die Klage abgewiesen werden müsse, wenn der Sicherungsvertrag sittenwidrig und nichtig sei. Das hänge wiederum davon ab, ob dem Schuldner Gegenstände von greifbarem Wert verblieben seien. Ob diese Voraussetzung zutreffe, habe nicht der Kläger darzutun (das hatte das Berufungsgericht angenommen und den Kläger als beweisfällig angesehen). Denn der Beklagte, der sich auf die Nichtigkeit des Vertrages berufe, müsse dessen Voraussetzungen beweisen. Die Sache bedürfe folglich weiterer Aufklärung und müsse deshalb zurückverwiesen werden.

Für die vorliegende Problematik interessiert an dieser Entscheidung, daß das Reichsgericht auch in ihr die dinglichen Verfügungen selbst und nicht nur den obligatorischen Teil des Sicherungsvertrags für nichtig hält, sofern der Tatbestand des § 138 BGB überhaupt erfüllt ist. Denn nur in diesem Falle ist das Eigentum an den übereigneten Gegenständen beim Schuldner verblieben und hat sich an dem Erlös fortgesetzt, so daß dieser von dem Pfändungspfandrecht des Beklagten ergriffen wird.

Keine neuen Gesichtspunkte bringen die Entscheidungen in Warn.Rechtsprechung 1929 Nr.74 und in RGZ 127 S.337 ff., es sei denn die in der letzteren Entscheidung ausgesprochene Selbstverständlichkeit, daß auch der Steuerfiskus beim Abschluß von privatrechtlichen Sicherungsübereignungsverträgen durch Gefährdung anderer Gläubiger gegen den § 138 BGB verstoßen könne.

In der reichsgerichtlichen Entscheidung in Warn.Rechtsprechung 1930 Nr.67 war auf Grund eines Sicherungsvertrages ein Unternehmen auf den Sicherungsnehmer übertragen worden. Es war jedoch vereinbart worden, daß die Früchte des Unternehmens dem Sicherungsgeber verbleiben sollten. Das Reichsgericht vertritt die Ansicht, daß dies der Annahme der Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit nicht im Wege stehe, wenn die verbleibenden Überschüsse nicht ausreichen würden, eine hinlängliche wirtschaftliche Grundlage für den Gewerbebetrieb zu bieten. Denn auch dann könne die Geschäftswelt zu ihrem Schaden getäuscht werden. Das Reichsgericht führt in dieser Entscheidung ferner aus, es sei nicht erforderlich, daß die Parteien vereinbart hätten, die Abreden geheim zu halten. Es genüge das Bewußtsein, daß diese Abreden tatsächlich geheim bleiben könnten.

In der Entscheidung in RGZ 143 S.48 ff. befaßt sich das Reichsgericht mit der Frage, in welchen Fällen die Nichtigkeit nach § 138 Abs.1 BGB gegeben sei und wann ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB angenommen werden könne. Das Reichsgericht führt hierzu aus: § 826 BGB setze auf jeden Fall voraus, daß der Schuldner das Bewußtsein habe, sein

Verhalten könne dritte Gläubiger schädigen, und daß er diesen Erfolg zumindest eventualiter in Kauf nehme. Für die Annahme des § 138 Abs.1 BGB genüge es unter Umständen auch, wenn der Schuldner nur fahrlässig handle. Es komme lediglich darauf an, ob sein Verhalten den gesamten Umständen nach als sittenwidrig und verwerflich erscheine. Auf diese Entscheidung wird unten noch näher einzugehen sein.

In der Entscheidung in JW 1936 S.1953 Nr.10 handelt es sich um die Wirksamkeit einer stillen Zession, die die gesamten Werte eines Gewerbes umfaßt und somit den Zedenten nach außen hin als kreditwürdigen Kaufmann erscheinen läßt, während in Wirklichkeit sein gesamtes Vermögen in der Hand des Zessionars liegt. Das Berufungsgericht hat diese Zession als gültig angesehen, da die Sittenwidrigkeit nur das schuldrechtliche pactum de cedendo ergreifen könne. Dem widerspricht das Reichsgericht und weist auf die Ausnahmen von dem Abstraktionsgrundsatz hin. Neben dem Wuchertatbestand liege eine solche Ausnahme auch im Falle des Knebelvertrages sowie dann vor, "wenn dritte Personen durch das dingliche Geschäft über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht" würden.

Auch diese Entscheidung bestätigt ausdrücklich, daß auch das dingliche Verfügungsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein könne, wenn der Sicherungsvertrag die Interessen Dritter verletze.

Als Vorfrage erscheint das Problem der Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte in den Fällen, in denen ein solcher Sicherungsübereignungsvertrag vor einem Notar geschlossen worden ist und der Auftraggeber den Notar auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, weil der Vertrag wegen Gefährdung der anderen Gläubiger nichtig sei. Fälle dieser Art sind in folgenden Entscheidungen behandelt:

JW 1930 S.2932 = Warn.Rechtspr. 1930 Nr.158

RGZ 130 S.1 ff.

Warn.Rechtspr.1931 Nr.155

In allen diesen Fällen nimmt das Reichsgericht die Nichtigkeit der Sicherungsübereignungsverträge auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts an. Der Schwerpunkt der Entscheidungen liegt auf weiteren haftungsrechtlichen Fragen, die für die vorliegende Problematik bedeutungslos sind.

3. In einer Reihe von Entscheidungen hat das Reichsgericht den durch Sicherungsverträge geschädigten Gläubigern einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegeben. Auch hier handelt es sich darum, daß ein Gläubiger einem gefährdeten Schuldnerunternehmen zu Sanierungszwecken hohe Kredite gewährt und sich selbst dadurch gesichert hat, daß er sich die wesentlichen Vermögensbestandteile der Schuldnerfirma hat übertragen lassen. Hierdurch sind auch in diesen Fällen Dritte geschädigt worden, indem sie der Schuldnerfirma ohne Deckung weitere Kredite gewährt haben, so daß sie in dem trotz aller Sanierungsversuche eingetretenen Konkurs des Schuldners mit ihren Forderungen ausgefallen sind. Für diesen Schaden machen sie den Sicherungsgläubiger verantwortlich.

Das Reichsgericht sieht in dem Abschluß eines gläubigergefährdenden Sicherungsvertrages eine sittenwidrige Schädigung, wenn der Sicherungsgläubiger sich des schädigenden Erfolges seines Verhaltens bewußt gewesen ist und diesen Erfolg zumindest in Kauf genommen hat. Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht vertreten in den Entscheidungen in:

RGZ 77 S.202 ff. (210)

JW 1914 S.83 Nr.10

RGZ 85 S.344 ff.

Warn.Rechtspr.1916 Nr.271

JW 1921 S.1363 Nr.6

Warn.Rechtspr.1927 Nr.74

und in den nachfolgend im einzelnen erörterten Entscheidungen.

In der letztgenannten Entscheidung in Warn.Rechtsprechung 1927 Nr.74 vertritt das Reichsgericht die Ansicht, daß

der Sicherungsgläubiger auf Grund des §§ 826, 249 BGB den gesamten Ausfall der ungedeckten Gläubiger zu ersetzen habe, und nicht nur den Betrag, der dem Wert der eigenen Sicherung entspricht.

In der Entscheidung in Warn.Rechtsprechung 1930 S.33 stellt das Reichsgericht klar, daß die Absicht des Kreditgebers, dem Schuldner durch gläubigergefährdende Sicherungsverträge aufzuhelfen, die Ersatzpflicht nicht ausschließe, wenn dem Sicherungsgläubiger bewußt geworden sei, daß er anderen Gläubigern durch sein Verhalten Schaden zufügen könne.

Sehr eingehend behandelt und klärt die Entscheidung in RGZ 136 S.247 die Voraussetzung und den Umfang der Haftung aus § 826 BGB. In diesem Falle hatte das Berufungsgericht angenommen, daß der Sicherungsgläubiger sich zum Herrn des schuldnerischen Unternehmens gemacht habe und schon deshalb die Sicherungsverträge nichtig seien, daß durch diese Verträge aber auch eine Täuschung über die Kreditwürdigkeit des Schuldners erfolgt sei, wodurch dritte Gläubiger, darunter der Kläger, einen Schaden erlitten hätten. Diesen Schaden habe der Sicherungsgeber nach den §§ 826, 249 BGB zu ersetzen, da er den Schadenseintritt erkannt und gebilligt habe.

Das Reichsgericht klärt zunächst einmal die in Betracht kommenden Tatbestände. Zur Begründung eines Schadensersatzanspruches der Gläubiger kämen, so führt das Reichsgericht aus, nur die Tatbestände in Frage, die die Schädigung eines Dritten zum Inhalt hätten. Der Gesichtspunkt der Partnerschädigung könne einen Ersatzanspruch eines Dritten nicht begründen, so daß der Knebelungstatbestand auszuschneiden habe. Aber auch die verbleibenden Tatbestände der Kredittäuschung und der Gläubigergefährdung seien zu unterscheiden. Bei der Kredittäuschung liege die unerlaubte Handlung in dem begangenen Betrug. Jeder Schaden, der durch die Täuschung verursacht worden sei, sei zu ersetzen. Bei der Gläubigergefährdung liege das Anstößige jedoch in der Übernahme der Sicherheiten. Hier sei ein Schadensersatzanspruch nur gegeben, wenn jemand dadurch geschädigt worden sei, daß der Schuldner bestimmte Vermögenswerte dem Gläubiger zur Siche-

rung überlassen habe. Dieser Schaden entspreche aber in der Regel nicht dem gesamten Ausfall der dritten Gläubiger. Diese könnten nicht so gestellt werden, wie sie stehen würden, wenn der Sicherungsgläubiger den Kredit nicht gegeben hätte wie das beim Kreditbetrug der Fall sei - sondern nur so, als habe sich der Gläubiger die Sicherheiten nicht einräumen lassen. Der Anspruch aus § 826 BGB sei also im Falle der Gläubigergefährdung der Höhe nach auf den Wert der übertragenen Sicherheiten beschränkt.

Dieser Ansicht des IX.Zivilsenats hat der VI.Zivilsenat des Reichsgerichts in der schon erwähnten¹⁰⁹⁾ Entscheidung in RGZ 143 S.48 ff. widersprochen. In dieser Entscheidung wird die Ansicht vertreten, daß auch beim Tatbestand der Gläubigergefährdung der Sittenverstoß und die vorsätzliche Schadenszufügung in der Gefährdung des redlichen Verkehrs liege. Aus diesem Grunde könne der Geschädigte seinen gesamten Ausfall ersetzt verlangen.

4. Der Bundesgerichtshof hat sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den §§ 138 und 826 BGB zu eigen gemacht und sie weiterentwickelt.

In der Entscheidung in LM § 138 (Cb) Nr.1 weist der Bundesgerichtshof die Ansicht der Revision zurück, daß der Tatbestand der Gläubigergefährdung nur einen Anspruch des Geschädigten aus § 826 BGB begründe. Der Bundesgerichtshof führt in Anlehnung an RGZ 143 S.51 ff. aus, daß der Geschädigte zwar auf den Anspruch aus § 826 BGB beschränkt sei, wenn nur einer der Vertragsparteien sittenwidrig gehandelt habe; sei eine Schädigung dritter Gläubiger jedoch von dem Schuldner und von dem Sicherungsgläubiger in Kauf genommen worden, so könne der geschädigte Gläubiger sich auch auf die Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 Abs.1 BGB berufen und habe nicht nur den Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB.

Auch die Entscheidung in BGHZ 10 S.228 ff. geht davon aus, daß ein gläubigergefährdender Sicherungsübereignungs-

109) siehe oben S.117.

vertrag nach § 138 Abs.1 BGB nichtig sei. Die Entscheidung setzt sich eingehend mit dem subjektiven Tatbestand der Gläubigergefährdung auseinander. Sie kommt zu dem Schluß, daß es einen fest umrissenen Tatbestand der Gläubigergefährdung im eigentlichen Sinne gar nicht gebe. Es müsse stets den Umständen des Falles in ihrer Gesamtheit entnommen werden, ob ein bestimmtes Verhalten, das die Interessen Dritter gefährde, sittenwidrig sei. Es sei möglich, daß ein Sicherungsvertrag schon wegen seines objektiven Charakters gegen die guten Sitten verstoße, nämlich dann, wenn die Möglichkeit der Schädigung dritter Gläubiger so nahe liegen würde, daß die Parteien mit ihrem Eintritt rechnen müßten. In diesem Falle genüge bereits fahrlässiges Verhalten der Parteien. Sei die Schädigungsmöglichkeit dagegen weniger naheliegend, so müsse auf den Zweck des Vertrages abgestellt werden. Treffe diesen das allgemeine Unwerturteil, so sei der Vertrag sittenwidrig, auch wenn die Parteien eine Täuschung nicht beabsichtigt hätten. Sei schließlich auch der Zweck nicht anstößig, hätten die Parteien vielmehr nur in der Absicht gehandelt, den Schuldner zu sanieren, dann reiche die Möglichkeit der Schädigung nicht aus, wenn die Parteien auf Grund einer sachkundigen Prüfung der Überzeugung hätten sein können, das Sanierungsvorhaben werde Erfolg haben und eine Schädigung Dritter werde nicht eintreten können.

Diese Entscheidung stellt also eindeutig klar, daß die Nichtigkeit eines Sicherungsübereignungsvertrages einschließlic der dinglic hen Verfügungen auch dann vorliegen könne, wenn die Parteien des Vertrages nur fahrlässig handeln würden.

Dieses Ergebnis wird von der Entscheidung in LM § 138 (Bb) Nr.4 bestätigt, die eine Klage des Konkursverwalters gegen einen Sicherungsgläubiger behandelt. Auch hier kommt der Bundesgerichtshof zu dem Schluß, daß der Sicherungsgläubiger den Vertrag nur hätte abschließen dürfen, wenn er "ohne grobe Fahrlässigkeit davon überzeugt sein konnte, andere Gläubiger würden nicht über die Kreditwürdigkeit des Unternehmens getäuscht werden und deshalb einen Schaden erleiden können".

Die Entscheidung in BGHZ 7 S.111 ff. = NJW 1952 S.1169 = LM § 138 (Cb) Nr.2 = LM § 930 Nr.1 behandelt folgenden Fall: Der Abschluß eines Kredit- und Sicherungsvertrages verstieß nicht gegen die guten Sitten, da der Schuldner zu diesem Zeitpunkt noch über erhebliches Vermögen verfügte. Bis zur Erfüllung des Sicherungsvertrages verschlechterte sich die Vermögenslage des Schuldners aber so sehr, daß nunmehr die in dem Vertrag vorgesehenen Sicherungsübereignungen nicht vorgenommen werden konnten, ohne daß dadurch die Interessen der anderen Gläubiger gefährdet wurden.

Der BGH sieht die dinglichen Übereignungsakte als nichtig an, obwohl sie in Erfüllung eines gültigen schuldrechtlichen Vertrages erfolgten. Dieses Ergebnis ist für die vorliegende Problematik bedeutungsvoll. Denn es bedeutet, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft als solches wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein könne, und zwar selbst dann, wenn der schuldrechtliche Vertrag nicht nichtig sei.

In anderen Fällen dieser Art gewährt der Bundesgerichtshof den geschädigten Gläubigern einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB, so in der Entscheidung in LM § 138 (Cb) Nr.5. Er bestätigt in dieser Entscheidung, daß ein Anspruch nur gegeben sei, wenn der Sicherungsgläubiger gewußt und gebilligt habe, daß andere Gläubiger einen Schaden erleiden könnten. Er nimmt aber an, daß es Fälle gebe, in denen sich der Sicherungsgläubiger so behandeln lassen müsse, als habe er die Möglichkeit des Schadenseintritts gekannt und gebilligt.

5. Berührt wird das Problem dieser Erörterung noch in folgenden Entscheidungen des Reichsgerichts, die aber nur beiläufige oder unwesentliche Stellungnahmen enthalten:

JW 1907 S.707

JW 1914 S.830 Nr.6

In diesen beiden Entscheidungen geht es um die Frage, ob die Abtretung zukünftiger Forderungen wirksam sei. Die Frage wird aus § 310 BGB verneint. Beiläufig wird erwähnt, daß die Abtretung auch nach § 138 Abs.1 BGB nichtig sein könne.

Folgende Entscheidungen enthalten Fälle, die einen nur einseitigen Sittenverstoß (Fall der Knebelung) behandeln, das Thema dieser Arbeit also nicht berühren:

RG in HRR 28 Nr.589

RGZ 132 S.187

RG in HRR 39 Nr.71

In Warn.Rechtsprechung 1930 Nr.132 weist das Reichsgericht an die Berufungsinstanz zurück, weil die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit nicht hinreichend geprüft seien. Auch diese Entscheidung enthält nur beiläufige Stellungnahmen des Reichsgerichts.

6. Als Hauptergebnis dieser Übersicht über die höchstgerichtliche Rechtsprechung kann festgestellt werden: Verträge, in denen sich ein Gläubiger das gesamte oder fast das gesamte Aktivvermögen eines gefährdeten Unternehmens übereignen läßt und hierdurch die anderen Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners täuscht und folglich schädigt, sind sittenwidrig und nichtig. Diese Nichtigkeit erfaßt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die dinglichen Erfüllungsgeschäfte selbst dann, wenn die zugrundeliegende causa gültig sei. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof geben für die Nichtigkeit auch der dinglichen Erfüllungsgeschäfte folgende Begründung: In den Fällen der Gläubigergefährdung liege die Sittenwidrigkeit gerade in dem dinglichen Erfüllungsakt.

Interessenmäßig kann dieses Ergebnis nach den vorausgegangenen Untersuchungen nicht verwundern. Es wurde bereits festgestellt, daß ein Interesse an der Nichtigkeit auch der Verfügungsgeschäfte besteht, wenn der Anlaß für das allgemeine Unwerturteil die Tatsache ist, daß wirtschaftliche Belange Dritter auf anstößige Weise verletzt werden. Diese Voraussetzung trifft bei den vorliegenden Fällen zu. Der Grund des sittlichen Unwerturteils ist hier nicht allein die Mißachtung der sittlichen Ordnung an sich, sondern darüber hinaus die Schädigung wirtschaftlicher Interessen Dritter. Auch hier genügt es wie bei den Tatbeständen des Vorabschnitts nicht, nur die obligatorischen Abreden für nichtig

zu erklären, es im übrigen aber bei der neugeschaffenen Güterlage zu belassen. Das würde bedeuten, daß die getäuschten Kreditgeber leer ausgehen würden, während der täuschende und aussagende Gläubiger sich im vollen Umfange auf ihre Kosten aus den übertragenen Sicherungen befriedigen könnte. Eine Beibehaltung der bestehenden Vermögenslage würde also eine dauernde Schädigung der Dritten bewirken, somit auch weiterhin die sittlichen Interessen verletzen.

Eine Berichtigung der neuen Vermögenslage in irgendeiner Form muß also gefordert werden. Eine solche wird durch eine Nichtigkeitsklärung der dinglichen Geschäfte erreicht. Die Gläubiger des Leistenden, hier also die ungesicherten Kreditgeber, können bei einer solchen Lösung nach wie vor auf die Leistungsgegenstände zugreifen, während der Empfänger, hier die aussagende Bank, keinerlei Rechte an diesen erworben hat.

7. Es bleibt jedoch die Frage zu klären, ob zur Wahrung der Belange der ungesicherten Gläubiger es nicht ausreicht, einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB zu gewähren. Diese Frage wurde bereits im vorigen Abschnitt aufgeworfen. Dort wurde schon gesagt, daß die Nichtigkeit nach § 138 Abs.1 BGB durch ihre Wirkung für und gegen jedermann insofern auch unerwünschte Folgen zeitigt, als sie die Bank nicht nur den getäuschten Lieferanten oder sonstigen Kreditgebern gegenüber zurücksetzt, sondern auch allen anderen Gläubigern den Vorrang gibt¹¹⁰⁾. Beispielsweise könnte sich auch ein Gläubiger, dem ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gegen den Schuldner zusteht, auf diese Nichtigkeit berufen. Die Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte nach § 138 Abs.1 BGB kann somit unter Umständen über das Ziel des billigen Interessenausgleichs hinausgehen. Ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB würde dagegen den wünschenswerten Ausgleich zwischen den Interessen der Gläubiger und der Sanierungsbank ohne die nicht zu billigenden Nebenfolgen be-

110) Boehmer, Grundlagen II 2 S.153; Barkhausen in NJW 53 S.1665.

wirken. Das Reichsgericht hat, wie oben erörtert¹¹¹⁾, schon in der Entscheidung in RGZ 143 S.48 ff. auf diese Möglichkeit hingewiesen und die Sache zur erneuten Verhandlung in die Vorinstanz zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen hat es die Voraussetzungen und den Umfang der Rechtsbehelfe aus § 826 BGB und des Anspruchs auf Grund der Nichtigkeit des Sicherungsvertrages nach § 138 BGB verglichen. Anhand dieses Vergleiches läßt sich untersuchen, ob der § 826 BGB allen Fällen gerecht wird, in denen vom Interessenstandpunkt aus ein Anspruch der Gläubiger des ausgesogenen Schuldners gegen die Finanzierungsbank erwünscht erscheint, oder ob daneben noch der Anspruch der Gläubiger, der sich auf die Nichtigkeit nach § 138 BGB stützt, vonnöten ist.

a) Als ersten Unterschied erwähnt das Reichsgericht, daß der § 138 Abs.1 BGB regelmäßig eine beiderseitige Sittenwidrigkeit voraussetze, sofern sich der Sittenverstoß nicht gerade gegen die Vertragspartei richte, während für die Anwendung des § 826 BGB sittenwidriges Verhalten des Schädigers genüge. Dieser Gesichtspunkt kann vorliegend außer acht gelassen werden, da sich diese Arbeit auf die beiderseitig sittenwidrigen Geschäfte beschränkt, außerdem vorliegend nur der Fall von Bedeutung ist, in dem § 826 BGB hinter dem Anwendungsbereich von § 138 Abs.1 BGB zurückbleibt.

Entscheidend kann aber folgender vom Reichsgericht erörterter Unterschied sein: Der § 138 I BGB erfordert lediglich einen beiderseitigen Sittenverstoß. Er setzt also im subjektiven Tatbestand nur die Kenntnis des Handelnden von den Umständen voraus, die sein Tun zu einem sittlich verwerflichen machen. § 826 BGB ist dagegen nur anwendbar, wenn eine vorsätzliche Schädigung der Gläubiger vorliegt. Dieses Erfordernis setzt zwar nicht voraus, daß die Absicht der Schadenszufügung bestand. Erforderlich ist aber das Bewußtsein des schädigenden Erfolges und der Wille, trotzdem

¹¹¹⁾ siehe oben S.121.

die verpönte Handlung auszuführen¹¹²⁾. Das Mindestmaß der für die Anwendung des § 826 BGB erforderlichen Willensbetätigung ist der Eventualvorsatz. Ein Sittenverstoß nach § 138 Abs.1 BGB kann aber bereits vorliegen, wenn ein Schaden der ungesicherten Gläubiger durch grobe Fahrlässigkeit verursacht worden ist.

Hierin liegt ein wirklicher Unterschied zwischen den beiden Möglichkeiten, den getäuschten Gläubigern zu helfen. Zwar wird der Unterschied nicht so bedeutsam sein, wie es auf den ersten Blick scheint. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof stellen keine hohen Anforderungen an die subjektive Tatseite des § 826 BGB. Das zeigt die Entscheidung in RGZ 136 S.247, auf die bereits oben¹¹³⁾ hingewiesen wurde. In dieser Entscheidung läßt das Reichsgericht es als Voraussetzung eines Anspruchs nach § 826 BGB genügen, daß die Finanzierungsbank es "grob leichtfertig und damit sittenwidrig" unterlassen habe, gewisse Erkundigungen über die Vermögenslage des Schuldners einzuziehen. Es führt aus, die Bank habe sich der Erkenntnis verschlossen, daß durch ihre Sicherungsmaßnahmen in Verbindung mit denen anderer Gläubiger die ungedeckten Kreditgeber geschädigt werden könnten. Der Finanzierungsbank wird hier also vorgeworfen, den Schadenseintritt "leichtfertig" verursacht zu haben. Nach der Meinung des Schrifttums und der Strafsenate des Reichsgerichts bedeutet aber leichtfertig nichts anderes als eine besonders schwere Art der groben Fahrlässigkeit¹¹⁴⁾. Eine grobe Form dieser Leichtfertigkeit, die jeweils dann vorliege, wenn der Schädigende vor einer ihm möglichen Erkenntnis des schädigenden Charakters einer Handlung "die Augen verschließe", soll also nach dieser Entscheidung für die Annahme des in § 826 BGB geforderten subjektiven Tatbestandes genügen.

Der Nachfolgesenat stellt in der Entscheidung in

112) RGZ 143 auf S.51.

113) siehe oben S.120.

114) RGZ 171 S.174 ff.; Schönke, StGB § 59 V 7.

RGZ 143 S.52¹¹⁶⁾ zwar klar, daß nur bedingter Vorsatz, niemals aber grobe Fahrlässigkeit die Annahme des § 826 BGB rechtfertige. Unter Bezugnahme auf die eben zitierte Entscheidung führt er dann aus, es könne genügen, wenn der Sicherungsnahmer "mit bedingtem Vorsatz vor der Möglichkeit der Schadenszufügung die Augen verschließe", bedient sich also der gleichen Wortwendung. Daraus scheint sich doch wohl zu ergeben, daß er an dem praktischen Ergebnis der Entscheidung im 136ten Band nichts ändern will.

Auch der Bundesgerichtshof spricht in seiner Entscheidung in LM § 138 (Cb) Nr.5¹¹⁷⁾ davon, daß sich die Sicherungsgläubigerin des vorliegenden Falles "so behandeln lassen" müsse, "als habe sie gewußt oder gebilligt, daß in diesem Falle Dritte Schaden nehmen könnten" und hebt aus diesem Grunde das Urteil des Berufungsgerichts, das den Tatbestand des § 826 BGB auf der subjektiven Seite verneint hatte, auf.

Die höchstrichterliche Praxis geht also sehr weit in der Annahme des in § 826 BGB geforderten Mindestvorsatzes. Dazu kommt, daß auch an den inneren Tatbestand des § 138 Abs.1 BGB gewisse Anforderungen zu stellen sind, wenn die Unsittlichkeit in der Mißachtung der schutzwürdigen Belange Dritter liegen soll. Bei diesem Sonderfall der Sittenwidrigkeit muß auch eine innere Einstellung der unsittlich Handelnden zu dem Interesse der benachteiligten Dritten und dem ihnen drohenden Schaden vorhanden sein. Wenn das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof hier unter Umständen grobe Fahrlässigkeit genügen lassen, so handelt es sich doch stets um Fälle, in denen der Sicherungsgläubiger vor einer naheliegenden Möglichkeit einer Schädigung anderer die Augen verschließt¹¹⁸⁾ oder leichtfertig ihm zugängliche Erkundungsmöglichkeiten und Kenntnisse nicht auswertet. Dieser Grad von Fahrlässigkeit kommt dem bedingten Vorsatz, den § 826 BGB voraussetzt, sehr nahe. Immerhin verbleiben ge-

116) siehe oben S.121.

117) siehe oben S.123.

118) siehe dazu die Ausführungen in BGHZ 10 S.228 ff.

wisse Grenzfälle, in denen der Unterschied bedeutsam wird, so der am Ende der Entscheidung in BGHZ 10 S.228 ff. genannte Fall, daß nur durch die "sachkundige Überprüfung" der Finanzlage des Schuldners sich ergeben kann, ob ein Sannierungsverfahren Erfolg verspricht¹¹⁹⁾ und der Sicherungsgläubiger diese Überprüfung nicht anstellen läßt.

Die vorstehenden Erkenntnisse werden durch die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 118 S.361 ff. bestätigt. Dort hatte ein Kreditgeber sich ebenfalls alle wichtigen Vermögenstücke seines Schuldners übereignen lassen, und zwar zur Sicherung für einen Kredit, der zur wirtschaftlichen Gesundung des Kreditnehmers nicht ausreichte. Auch hier ging diese Kreditgewährung auf Kosten der ungesicherten Gläubiger. Der Sicherungsnehmer konnte allerdings nachweisen, daß er sich in einem Irrtum hinsichtlich der Finanzlage des Schuldners befunden hatte. Er hatte diesen für einen begüterten Mann gehalten. Die übrigen Gläubiger, die die sicherungsübereigneten Gegenstände in ihre Vollstreckungsmasse ziehen wollen, berufen sich auf § 138 BGB. Das Reichsgericht weist diese Ansicht zurück. Es führt aus: § 138 BGB verlange ein beiderseitig sittenwidriges Verhalten, setze also auch verwerfliches Handeln des Sicherungsnehmers voraus. Das könne aber nur angenommen werden, wenn dieser positive Kenntnis von den möglichen Auswirkungen seines Verhaltens gehabt habe. Zwar müsse bei dem Kreditgeber "zwar nicht die Absicht der Gläubigerschädigung, aber doch mindestens das Bewußtsein vorgelegen haben, daß die übrigen Gläubiger durch die Sicherungsübereignung geschädigt würden". Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts soll also auch dann, wenn sich der Sittenverstoß in § 138 BGB gerade aus der Mißachtung der Interessen der ungedeckten Gläubiger herleitet, das "Bewußtsein der Gläubigerschädigung" notwendig sein. Das Gericht sagt zwar nichts über das Erfordernis einer Inkaufnahme dieser Schäden. Durch die Gegenüberstellung der Begriffe "Absicht" und "Bewußtsein", von denen sich der erste nur durch das Willenselement von dem

119) gegen dieses Erfordernis Barkhausen.

zweiten unterscheidet, scheint es aber anzudeuten, daß es für die Annahme des § 138 BGB in diesem Falle nur den Eventualdolus und nicht auch die bewußte Fahrlässigkeit als ausreichend erachtet. (Andere Auslegung: BGH in NJW 53 S.1665!)

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Anspruch aus § 826 BGB und der Nichtigkeit aus § 138 Abs.1 BGB liegt in der Beschränkung der Verjährungsfrist des Anspruchs aus § 826 BGB auf drei Jahre (§ 852 BGB). Dieser Unterschied scheint mir aber vorliegend ohne große Bedeutung zu sein. Denn bei den Fällen der Gläubigergefährdung wird und muß eine solche Frist von drei Jahren nach Kenntnis des Schadensseintritts ausreichen. Eine längere Zeitspanne, wie sie sich bei Anwendung des § 138 BGB auf die Vollzugsgeschäfte ergeben würde, scheint dagegen wenig wünschenswert. Aus der Tatsache der längeren Verjährungsfrist lassen sich also wohl kaum Argumente für die Notwendigkeit einer Anwendung des § 138 BGB auf die Verfügungsgeschäfte herleiten.

In dem in RGZ 143 S.48 ff. angestellten Vergleich wird ferner noch auf folgendes hingewiesen: Für die Anwendung des § 138 BGB kommt auch der Tatbestand der Knebelung in Frage. Aus § 826 BGB können die Gläubiger jedoch nur einen Anspruch herleiten, wenn auch ihnen vorsätzlich ein Schaden zugefügt werden sollte, also nur im Falle der Gläubigergefährdung und Kredittäuschung.

Dieser Unterschied spricht eher für die ausschließliche Anwendung des § 826 BGB. Denn es wurde oben bereits als wenig wünschenswert bezeichnet, daß die Nichtigkeit nach § 138 BGB auch andere als gerade die auf anstößige Weise Geschädigten begünstigt. In dem seltenen Fall, daß nur die Knebelung des Schuldners den sittlichen Vorwurf begründet, ohne daß gleichzeitig auch eine Beeinträchtigung der Gläubigerbelange vorliegt, ist es nach den obigen Ausführungen interessemäßig kaum vertretbar, den Gläubigern ein Befriedigungsrecht aus den sicherungsübereigneten Gegenständen zu geben.

Schließlich wird in der Entscheidung in RGZ 143 S.48 ff. noch auf den Erfolg beider Rechtsbehelfe eingegangen. Es wird

klargestellt, daß bei einer Anwendung des § 826 BGB ein weitergehender Anspruch besteht. Der Geschädigte kann seinen Schaden geltend machen, ohne auf den Wert der sicherungsübereigneten Gegenstände beschränkt zu sein¹²⁰⁾. Bei einer Ausdehnung des § 138 BGB auf die Verfügungsgeschäfte dagegen wird dem Geschädigten nur der Zugriff auf die zur Sicherheit übertragenen Gegenstände gestattet. Da in diesem Fall § 826 BGB also weitergehende Rechte gibt, läßt sich hieraus nicht die Notwendigkeit herleiten, neben § 826 BGB noch die Nichtigkeit der in Frage kommenden dinglichen Geschäfte zuzulassen.

Die Gegenüberstellung hat also folgendes Ergebnis gezeigt: In den Fällen, in denen der Sittenverstoß eine Schädigung eines anderen beinhaltet, wird dem Interesse des Geschädigten bereits durch Gewährung des Anspruches aus § 826 BGB weitgehend Rechnung getragen. Lediglich die Erfassung der Tatbestände, in denen der Sicherungsgläubiger nur fahrlässig handelt oder ihm ein vorsätzliches Handeln nicht nachgewiesen werden kann, rechtfertigt es, daneben noch die Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte aus § 138 Abs.1 BGB zuzulassen. Da die neuere Rechtsprechung offensichtlich auch in diesen Fällen die ungesicherten Gläubiger bevorzugen will, muß die Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte in den Gläubigergefährdungsfällen als notwendig anerkannt werden, obwohl sie - wie festgestellt - gleichzeitig auch nicht wünschenswerte Ergebnisse zeitigt. M.E. ließe sich allerdings eben wegen dieser Nachteile das Problem glücklicher lösen, wenn man den Anwendungsbereich des § 826 BGB auch auf gewisse Fälle der leichtfertigen - aber nicht vorsätzlichen - Gläubigerschädigung ausdehnen würde. Wegen des klaren Wortlauts des § 826 BGB ist diese Möglichkeit jedoch nur de lege ferenda zu erwägen.

120) a.A. wohl zu Unrecht RGZ 136 S.247.

XII. Interessenabwägung

Die angestellten Interessenprüfungen haben also folgendes ergeben:

Für die Gültigkeit der dinglichen Verfügungsgeschäfte, die auf Grund beiderseitig sittenwidriger Kausalgeschäfte vorgenommen worden sind, sprechen die Interessen des Leistungsempfängers sowohl im Verhältnis zu seinem Vertragspartner als auch im Verhältnis zu dritten Störern und Verpflichteten, sowie die Belange der Gläubiger und Rechtsnachfolger des Leistungsempfängers. Die Interessen des Empfängers selbst sind jedoch im Kausalverhältnis nicht schutzwürdig. Damit verbleiben als wesentlich die Interessen der Gläubiger und Rechtsnachfolger des Erwerbers und die damit identischen Verkehrsinteressen, sowie das Interesse des Leistungsempfängers im Verhältnis zu Dritten.

Für die Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte bei sittenwidriger causa sprechen die Interessen des Leistenden selbst, sowie die seiner Gläubiger und Rechtsnachfolger und ferner das Interesse des Eigentümers einer Sache, über die ein anderer auf Grund einer sittenwidrigen Vereinbarung als Nichtberechtigter verfügt hat. Diese Belange sind jedoch - wie festgestellt wurde - bis auf eine Ausnahme nicht so schutzwürdig, daß sie nach allgemeinen Wertmaßstäben wie auch nach der Werteinstufung unserer Rechtsordnung den festgestellten Gegeninteressen vorgezogen werden sollten. Eine Ausnahme zeigte sich bei den sogenannten Schädigungsfällen: Wo der Sittenverstoß gerade in der Verletzung der Interessen eines anderen begründet liegt, etwa der Interessen der Gläubiger oder Rechtsnachfolger des Verfügenden oder des debitor cessus, besinträchtigt auch die neugeschaffene dingliche Rechtslage das Sittlichkeitsempfinden, da dieses gerade an der neuen Güterverteilung und den sich hieraus ergebenden Folgen Anstoß nimmt. In diesem Falle spricht also auch das Sittlichkeitsinteresse, das zur Schaffung des § 138 BGB führte, für die Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte. Diesem Sittlichkeitsinteresse kommt aber auch vor den Interessen, die für die Gültigkeit der

dinglichen Geschäfte sprechen, der Vorzug zu. Das hat Heck in seinen Ausführungen im Grundriß des Sachenrechts¹²¹⁾ überzeugend dargetan. Im einzelnen führt Heck aus: Die Verkehrsinteressen seien zwar den "Verliererinteressen bei Erfolgsvereitelung" vorgezogen, aber "doch auch nur diesen". Schon vor einfachen Parteiinteressen seien sie zurückgestellt, so etwa vor dem Schutz der Geschäftsunfähigen und vor dem Schutz bei Willensmängeln. Daher müßten die Verkehrsinteressen erst recht vor den Sittlichkeitsinteressen zurückstehen. Denn diese würden von der Rechtsordnung höher bewertet, wie das der § 138 BGB durch das in ihm ausgesprochene Gebot der absoluten Richtigkeit zeige.

In den Schädigungsfällen ist somit die Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte angezeigt. Zu bedenken bleibt freilich, wie im einzelnen ausgeführt wurde, daß sich aus der Nichtigkeit der Verfügungsgeschäfte auch bei den Schädigungsfällen zum Teil unerwünschte Folgen ergeben und daß andererseits in den meisten Fällen schon ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zur Wahrung des Interesses der Geschädigten - und damit auch zur Wahrung des Sittlichkeitsinteresses - ausreicht.

Die Ausführungen Hecks überzeugen dagegen nicht, wenn es sich nicht um die hier sogenannten Schädigungsfälle, sondern um den Normalfall eines sittenwidrigen Geschäfts handelt. Denn in diesem Falle läßt sich - wie erörtert wurde - nicht feststellen, daß die Gültigkeit der Verfügungsgeschäfte die sittlichen Belange in Frage stellt. Folglich läßt sich nicht sagen, daß auch hier das Sittlichkeitsinteresse die Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte fordere. Somit kommt es gar nicht zu dem von Heck vorausgesetzten Interessenkonflikt zwischen den Verkehrsinteressen und den Sittlichkeitsinteressen, und der Vergleich, den Heck bezüglich der Bedeutung der Verkehrsinteressen anstellt, stößt in diesem Falle ins Leere.

Als Ergebnis der Untersuchungen läßt sich also folgende Lösung als interessegemäß befürworten:

121) Heck, Grundriß des Sachenrechts, S.13 ff.

Verfügungen, die in Erfüllung eines beiderseitig sittenwidrigen Kausalgeschäfts getroffen werden, sind in der Regel trotz des Mangels der Rechtsgrundabrede gültig.

Ausnahmsweise ist aber auch das Verfügungsgeschäft nichtig, wenn der beiderseitige Sittenverstoß gerade darin besteht, daß das wirtschaftliche Interesse eines Dritten durch die Vereinbarung geschädigt oder gefährdet wird. Diese Ausnahme ist in der Hauptsache bei gläubigergefährdenden Sicherungsverträgen gegeben.

Dieses Ergebnis steht in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Wenn man von der Entscheidung in RGZ 145 S.152 ff. absieht, die bisher keine Nachfolge gefunden hat und m.E. als verfehlt abzulehnen ist, hat die Rechtsprechung im Regelfall die Verfügungsgeschäfte für wirksam gehalten und nur dort die Nichtigkeit angenommen, wo der Sittenverstoß aus der Verletzung der Interessen Dritter hergeleitet wurde. Die Rechtsprechung entscheidet also die Frage, ob auch das Verfügungsgeschäft von der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs.1 BGB berührt werde, nach einheitlichen und durchaus gesunden Interessengesichtspunkten. Sie verdient somit Nachfolge und die vielfach geübte Kritik ist - wenigstens was das Ergebnis der höchstrichterlichen Entscheidung betrifft - unberechtigt.

Als letztes bleibt noch die Frage offen, ob die Begründungen, mit denen die höchstrichterliche Rechtsprechung ihre Stellungnahme rechtfertigt, diesen Interessengesichtspunkten entsprechen.

Den Regelfall der Gültigkeit der dinglichen Geschäfte begründet die Rechtsprechung in der Hauptsache damit, daß die Verfügungsgeschäfte nur die Rechtsübertragung zum Gegenstand hätten, diese Rechtsübertragung sittlich neutral sei und die Sittenwidrigkeit somit gar nicht zum Inhalt des Verfügungsgeschäftes gehöre. Hiergegen wurde mit Recht eingewandt, daß das entsprechend auch für die Kausalgeschäfte

gelten müsse, da die Sittenwidrigkeit in der Regel in den Motiven liege¹²²⁾. Immerhin kommt dieses Argument der Rechtsprechung den oben gewonnenen Erkenntnissen nahe, daß das Verfügungsgeschäft in seinen Auswirkungen die sittlichen Interessen regelmäßig nicht berührt, während das bei jedem sittenwidrigen Verpflichtungsgeschäft der Fall ist. In dieser Sicht ist das dingliche Verfügungsgeschäft also tatsächlich "sittlich indifferent".

Das zweite Argument der Rechtsprechung ist der Hinweis auf den abstrakten Charakter der Verfügungsgeschäfte, auf den Grundsatz der Abstraktion. Hierzu führt Heck¹²³⁾ aus, dieser Grundsatz kennzeichne eine Interessenentscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten der Verkehrsinteressen in dem Widerstreit derselben mit den "Abwehrinteressen wegen Nichterfolgs". In dem Widerstreit der Verkehrsinteressen mit anderen Belangen, insbesondere dem Sittlichkeitsinteresse, besage diese gesetzgeberische Entscheidung nichts. Hierzu konnte aber festgestellt werden, daß im Regelfalle ein Konflikt der Verkehrsinteressen mit den Sittlichkeitsinteressen gar nicht besteht. Demnach ist die Berufung auf den Abstraktionsgrundsatz keineswegs verfehlt.

Es zeigt sich also, daß für den Regelfall auch die begrifflichen Begründungen des Reichsgerichts, wie sie der Bundesgerichtshof übernommen hat¹²⁴⁾, nicht ohne Beziehung zu der festgestellten Interessenlage sind.

Weniger klar und der Interessenlage entsprechend sind dagegen die begrifflichen Begründungen, mit der das Reichsgericht seine Entscheidungen in den Ausnahmefällen rechtfertigt. In den meisten Fällen begründet das Reichsgericht die Unwirksamkeit der Erfüllungsgeschäfte damit, daß "gerade mit der dinglichen Übereignung unsittliche Zwecke verfolgt" würden. Sicherlich trifft diese Begründung auf die Schädigungsfälle zu. Sie ist aber, wie die nach der hier vertretenen

122) Heck, Grundriß des Sachenrechts, S.123, § 30 Anm.9c.

123) Heck, Sachenrecht, § 30 Anm. 9c S.123.

124) etwa in der Entscheidung in NJW 1954 S.1292.

Ansicht verfehlte Entscheidung in RGZ 145 S.152 ff. zeigt, zu weit, um Fälle auszuschließen, in denen eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz interessenmäßig nicht gerechtfertigt ist. Das gleiche gilt - allerdings im verminderten Maße - von der Begründung, daß in diesen Fällen "in der Übereignung selbst die Unsittlichkeit begründet" liege. Auch diese Formulierung deutet zwar auf die Schädigungstatbestände hin, gestattet aber keine genaue Abgrenzung der Ausnahmen von den Regelfällen. Für sachlich verfehlt halte ich die Begründung, die darauf hinweist, daß vielfach eine "untrennbare Verbindung" zwischen dem schuldrechtlichen und dem Verfügungsgeschäft bestehe¹²⁵⁾. Gedanklich läßt sich eine solche Trennung zwischen dem Grund- und dem Erfüllungsgeschäft m.E. stets durchführen, so daß es insofern eine "untrennbare Verbindung" nicht gibt. Stellt man aber auf die Auffassung des täglichen Lebens ab, so sind in der Regel Grund- und Erfüllungsgeschäft nicht zu trennen.

Wohl kaum eine echte Ausnahme bildet der Fall, daß die Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes in Form einer Bedingung von der Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes abhängig gemacht wurde. Denn daß die Mehrzahl der dinglichen Erfüllungsgeschäfte unter einer Bedingung geschlossen werden kann, ist anerkannten Rechts. Nur wo versucht wird, eine solche Bedingung in allen Fällen als stillschweigende Parteiabrede zu unterstellen oder das gleiche Abhängigkeitsverhältnis dadurch zu schaffen, daß man den § 139 BGB auf das Verhältnis von Grund- und Erfüllungsgeschäft anwendet, bildet man eine weitere Ausnahme. Das hat das Reichsgericht aber nie getan¹²⁶⁾. Es weist stets nur auf die Möglichkeit hin, das dingliche Geschäft durch eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Grundgeschäft in Form einer Bedingung zu verbinden.

Die Begründungen, die das Reichsgericht für die Ausnahmefälle gibt, sind somit, vom Interessenstandpunkt aus

125) so RG in Warn.Rechtsprechung 1931 Nr.100 mit Hinweis auf den Fall in RGZ 81 S.175 (Abtretung einer Forderung an eine mittellose Person zum Zwecke der Geltendmachung im Prozeß).

126) Erstmalige Ablehnung dieser Lehre bereits bei Förster im "Recht" 1905 S.356.

gesehen, unzutreffend oder unzureichend. Die Rechtsprechung täte also gut daran, in der Begründung der von ihr anerkannten Ausnahmefälle auf die Interessenlage einzugehen oder, wie sie das bei den Gläubigergefährdungsfällen schon getan hat, auf eine allgemein gehaltene Begründung zu verzichten und die Einzelfälle kasuistisch aufzuzählen.

XIII. Abschließende Stellungnahme

Die Untersuchung der Interessenlage bei beiderseits sittenwidrigen Geschäften anhand der höchststrichterlichen Entscheidungen hat ergeben, daß die Rechtsprechung - von der vereinzelt gebliebenen Ausnahme in RGZ 145 S.52 ff. abgesehen - richtigen interessenmäßigen Erwägungen folgt und daher Zustimmung verdient. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs läßt sich in folgendem Leitsatz zusammenfassen:

Ein beiderseitiger Verstoß gegen die guten Sitten macht zwar das Verpflichtungsgeschäft, nicht aber auch die in Erfüllung desselben vorgenommenen Verfügungsgeschäfte nichtig, es sei denn, die Sittenwidrigkeit leite sich gerade aus der Verletzung wirtschaftlicher Interessen Dritter her.

De lege ferenda bleibt zu erwägen, ob man nicht allgemein die Gültigkeit der Erfüllungsgeschäfte von der Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts unberührt lassen soll und in den Ausnahmefällen den notwendigen Interessenausgleich dadurch schafft, daß man den § 826 BGB auf grob fahrlässige sittenwidrige Schädigungen - insbesondere bei den Gläubigergefährdungstatbeständen - ausdehnt.

Lebenslauf

Am 28.10.1925 wurde ich in Bochum als Sohn des Oberinspektors Walter Mast und seiner Ehefrau Leonie geb. Berger geboren. Ich wuchs in meiner Heimatstadt Bochum und vorübergehend auch im benachbarten Gelsenkirchen-Buer auf. Dort besuchte ich vier Jahre die Volksschule und in beiden Städten in den Jahren 1936 bis 1943 die Gymnasien. Bei meiner Einberufung zum Reichsarbeitsdienst am 15. Mai 1943 erhielt ich den Reifevermerk des Staatlichen Gymnasiums in Bochum. Im Anschluß an meine Arbeitsdienstzeit wurde ich am 30. September 1943 zur Wehrmacht eingezogen. Ich wurde bei verschiedenen Artillerie- und Infanterieeinheiten ausgebildet und kam schließlich im Sommer 1944 als Rechentruppführer einer Artillerieeinheit in Frankreich in Fronteinsatz. Bei dem Durchbruch der Alliierten auf Straßburg im November 1944 wurde ich von amerikanischen Truppen in den Vogesen gefangengenommen. Ich verblieb über zwei Jahre in amerikanischer Kriegsgefangenschaft in Dijon. Nach meiner Entlassung am 15. Dezember 1946 besuchte ich das Gymnasium Petrinum in Recklinghausen und bestand dort am 2. Juli 1947 das Abitur mit der Gesamtwertung "gut".

Beginnend mit dem Wintersemester 1947 studierte ich sechs Semester Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. und bestand dort am 17.2.1951 das Referendarexamen mit dem Prädikat "gut". Am 1. Oktober 1951 wurde ich in Nordrhein-Westfalen zum Referendar ernannt. Den juristischen Vorbereitungsdienst unterbrach ich für ein Jahr von September 1952 bis September 1953. In dieser Zeit studierte ich 2 Semester an der Rechtsschule der Duke-University in Durham, North Carolina, USA, und unternahm anschließend eine dreimonatige Studienreise durch die Vereinigten Staaten, Mexiko und Kanada. Nach meiner Rückkehr setzte ich den Vorbereitungsdienst fort und bestand nach dessen Abschluß am 7.3.1956 in Düsseldorf die große juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat "voll befriedigend".

Am 10.3.1956 trat ich als Assessor in den Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein und wurde mit Wirkung vom 1.8.1956 zum Gerichtsassessor ernannt.

